

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DO CURSO DE DIREITO

DOUGLAS FERNANDES DE FREITAS

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA
DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO
CRIMINAL

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA

CACOAL/RO
2016

DOUGLAS FERNANDES DE FREITAS

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA
DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO
CRIMINAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para grau final de bacharel em Direito elaborada sob a orientação do Professor Mestre Bruno Milenkovich Caixeiro.

CACOAL/RO

2016

Freitas, Douglas Fernandes de.

F866i Da (in)constitucionalidade da extração compulsória de material genético para fins de identificação criminal/ Douglas Fernandes de Freitas – Cacoal/RO: UNIR, 2015. 90 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Me. Bruno Milenkovich Caixeiro.

1. Direito processual penal. 2. Identificação criminal.
3. Material genético. 4. Extração compulsória. I. Caixeiro, Bruno Milenkovich. II. Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.

CDU – 343.1

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos –
CRB11/753

DOUGLAS FERNANDES DE FREITAS

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA
DE MATERIAL GENÉTICO PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO
CRIMINAL**

Esta monografia foi julgada aprovada para obtenção do grau de **Bacharel em Direito** pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* de Cacoal, mediante apresentação à Banca Examinadora, formada por:

Professor M.e Bruno Milenkovich Caixeiro – UNIR - Presidente

Professor M.e – UNIR – Simone Maria Gonçalves de Oliveira

Professor M.e – UNIR – Daeane Zulian Dorst

Cacoal/RO, _____ de fevereiro de 2016.

Dedico esta monografia aos meus pais que inquestionavelmente me apoiaram nesta árdua caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me concedido vida, saúde e perseverança para enfrentar os desafios advindos de meus objetivos.

Aos meus pais, Raimundo Ralderi de Freitas e Elizabete Fernandes da Silva Freitas, que sempre me apoiaram e incentivaram para tomar as decisões mais acertadas. À eles oferto o máximo de gratidão.

À minha irmã, Luana Fernandes de Freitas, que sempre confiou em meu potencial.

À minha namorada que me incentivou, principalmente, passando energia positiva e dando força para que eu prosseguisse na consecução deste estudo.

Aos meus amigos, especialmente, àqueles pertencentes a “galera do fundão”.

Aos demais familiares que, de alguma forma, contribuíram com a minha longa caminhada acadêmica.

Ao meu orientador, o Professor Mestre Bruno Milenkovich Caixeiro, que corroborou com a elaboração deste trabalho, transmitindo seus inestimáveis conhecimentos jurídicos, e, do mesmo modo, à Professora Mestra Simone Maria Gonçalves de Oliveira que pacientemente sanou todas as dúvidas advindas do âmbito metodológico desta monografia.

Por fim, agradeço a todos os mestres pertencentes ao Departamento do Curso de Direito do Campus de Cacoal, que contribuíram com ensinamentos valiosos para minha formação acadêmica, e que serão certamente levados para minha vida profissional.

“O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.”

(Rudolf Von Ihering)

“Disse-lhe Jesus: Eu sou a ressurreição e a vida; quem crê em mim, ainda que esteja morto, viverá”

(João, 11:25)

RESUMO

Diante da instauração do Estado Democrático de Direito e a consolidação das garantias e direitos fundamentais, bem como a devida aplicação do poder-dever do Estado de buscar pela verdade real no âmbito processual penal, se fez necessário que o Estado adotasse meios eficientes de alcançá-la para, inequivocamente, descobrir acerca de uma autoria delitiva. Assim, surgiu a identificação criminal, visando individualizar o indiciado para que o mesmo não seja confundido com terceiros e para garantir a certeza da autoria do ato ilícito, sem riscos de violar o devido processo legal. Com o advento da lei nº 12.654/12 foi acrescentado o parágrafo único no art. 5º da lei nº 12.037/09, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade da identificação criminal ser realizada por meio de coleta de material genético. Esta nova maneira de identificação criminal ocasionou divergência na doutrina a respeito de sua constitucionalidade, pois a lei possibilita que seja realizada a extração de material genético sem o consentimento do suposto agente do delito causando-lhe, segundo parte da doutrina, notória violação dos direitos e garantias fundamentais inerentes ao mesmo. Para a realização da pesquisa, o método utilizado foi o dogmático, sendo que este não é destinado a aprisionar o intérprete das normas a um entendimento, mas sim direcioná-lo para que decida pelo melhor entendimento a ser aplicado à realidade fática, adotando-se o procedimento monográfico. O conteúdo apresentado tem como supedâneo pesquisas bibliográficas de cunho qualitativo, com base em leis, doutrinas e artigos científicos de pensadores que refletem acerca do assunto em estudo.

Palavras-Chaves: Extração Compulsória. Identificação Criminal. (In)Constitucionalidade. Material Genético.

ABSTRACT

Before the establishment of democratic rule of law and the consolidation of the guarantees and fundamental rights, as well as the proper implementation of the power and duty of the State to seek the real truth in the criminal procedural context, it was necessary that the State adopt efficient ways to achieved to unequivocally find out about a delitiva authorship. Thus, the criminal identification emerged, aiming to individualize the accused so that it is not confused with others and to make sure of the authorship of the illegal act, without the risk of violating the due process. With the enactment of Act nº 12.654 / 12 was added to the sole paragraph of art. 5 of Act nº 12.037 / 09, entering the Brazilian legal system the possibility of criminal identification is performed by means of genetic material collection. This new way of criminal identification caused divergence in doctrine as to its constitutionality because the law allows to be performed genetic material extraction without the consent of the alleged agent of the offense causing him second part of the doctrine, notorious violation of the rights and fundamental guarantees inherent to it. For the research, the method used was dogmatic, and this is not intended to imprison the interpreter of standards to an understanding, but direct you to decide the best understanding to apply to factual reality, adopting the monographic procedure. The content presented has the footstool literature searches of qualitative nature, based on laws, doctrines and scientific articles of thinkers who reflect on the subject under study.

Keywords: Criminal identification. Compulsory extraction. Genetic material. (Un)Constitutionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	13
1.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO....	13
1.1.1 Estado de Direito (liberal, social e democrático).....	13
1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	17
1.3 GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.3.1 Direito à liberdade de locomoção	20
1.3.2 Direito à vida - a integridade física	21
1.3.3 Devido Processo Legal	21
1.3.3.1 Presunção de inocência	23
1.4 MÉRITO CRIMINAL: DIREITOS MATERIAIS “VS” FORMAIS.....	24
1.4.1 Persecução Criminal.....	27
1.4.2 Princípios Processuais Penais	29
1.4.2.1 Não autoincriminação ou nemo tenetur se detegere.....	30
1.4.2.2 Princípio da Pessoalidade da Pena.....	32
1.4.2.3 Princípio da ação.....	33
1.4.2.4 Princípio da proporcionalidade	34
1.5 DA BUSCA PELA VERDADE REAL	35
1.5.1 Conceito de Verdade.....	35
1.5.2 A busca pela verdade real de Foucault	35
1.5.2.1 Do Poder Judiciário	39
1.5.2.2 O inquérito: coleta indiciosa	40
1.5.2.3 Do panopticon	41

1.6	A APLICABILIDADE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL	43
2	DAS PROVAS NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PENAL	46
2.1	A TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	47
2.1.1	Provas invasivas e não invasivas	52
2.1.2	O DNA como meio de prova no processo penal	54
2.1.2.1	<i>DNA</i>	<i>54</i>
2.1.2.2	<i>A valoração do exame realizado por meio da coleta de DNA</i>	<i>55</i>
2.1.3	Provas Ilícitas	56
2.1.3.1	<i>Prova ilícita por derivação</i>	<i>59</i>
2.1.3.2	<i>Admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade pro reo.....</i>	<i>60</i>
2.1.3.3	<i>Inadmissibilidade absoluta</i>	<i>61</i>
2.1.3.4	<i>Admissibilidade processual da prova ilícita</i>	<i>62</i>
2.1.3.5	<i>Admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade</i>	<i>62</i>
2.2	IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	63
2.2.1	Identificação criminal datiloscópica e fotográfica	65
2.2.2	A identificação criminal e as inovações no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 12.654/12	66
3	DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO	70
3.1	DIVERGÊNCIA	71
3.1.1	Da constitucionalidade	71
3.1.2	Da inconstitucionalidade	75
3.1.2.1	<i>Histórico-social</i>	<i>79</i>
3.1.2.2	<i>Científico</i>	<i>80</i>
3.1.2.3	<i>Jurídico.....</i>	<i>81</i>
3.1.2.3.1	<i>Dignidade da Pessoa Humana.....</i>	<i>81</i>
3.1.2.3.2	<i>Direito à vida</i>	<i>82</i>
3.1.2.3.3	<i>Não autoincriminação.....</i>	<i>83</i>
3.1.2.3.4	<i>Inadmissibilidade das provas ilícitas.....</i>	<i>83</i>
3.1.2.3.5	<i>Sistema processual penal acusatório</i>	<i>84</i>

CONSIDERAÇÕES FINAIS	85
----------------------------	----

REFERÊNCIAS.....	87
------------------	----

INTRODUÇÃO

A monografia verificará a (in)constitucionalidade de se utilizar como meio de identificação criminal na fase pré-processual o material genético do indiciado conforme está previsto no parágrafo único do artigo 5º da lei nº 12.037/2009 (dispõe da identificação criminal do civilmente identificado) que foi modificado pela lei nº 12.654/2012.

Esta nova maneira de identificação criminal gerou controvérsias a respeito de sua constitucionalidade, quando não autorizada a coleta pelo indiciado e feita compulsoriamente, pois indaga-se ferir (ou não?) direitos e garantias constitucionais. Ao impor que o indiciado seja submetido a tal procedimento, debate-se que estará sendo violado a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a garantia da não autoincriminação, a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas e o sistema processual penal acusatório.

Para averiguar se a norma em estudo é realmente inconstitucional, se faz necessário, em um primeiro momento, compreender as nuances do Estado Democrático de Direito, visto que nenhuma norma pode ferir direitos e garantias fundamentais adquiridos por meio da evolução do Estado. Ainda, considerando que a busca pela verdade real é essencial ao processo penal e busca efetivar o *jus puniend* do Estado, de modo a garantir a aplicação justa da lei penal, é importante atinar-se aos ensinamentos de Foucault (2002), a maneira pela qual o Estado historicamente alcançou métodos eficazes para garantir a verdade real no Processo Penal, a fim de que seja prolatada uma decisão justa e inequívoca, visando a melhor aplicabilidade possível do poder-dever de punir do Estado dentro da condição política/jurídica eleita (Estado Democrático de Direito).

Em um segundo momento, diante do caráter probatório que pode permear a

identificação criminal por extração compulsória de material genético, cumpre-se frisar a aplicabilidade das provas na prestação da tutela jurisdicional penal, o conceito de DNA e a sua valoração, bem como a demonstração de quais formas de identificação criminal são admissíveis no Processo Penal Brasileiro.

No terceiro e último capítulo da presente monografia será pormenorizadamente apresentada a divergência acerca da (in)constitucionalidade da extração compulsória de material genético no âmbito criminal, especificadamente, na fase pré-processual em relação a identificação criminal, tendo em vista que é pacificado no âmbito Processual Penal, o entendimento de que é constitucional o procedimento quando a coleta de material genético é realizada com o consentimento do suposto autor do delito, ou adquirida sem qualquer invasão no organismo do mesmo, ou seja, por descarte.

No tocante a extração compulsória de material genético, parte da doutrina entende ser constitucional, pois será utilizada somente como método de individualização do suposto agente do delito, sendo, portanto, matéria de interesse público, no qual o indivíduo não pode se negar a fornecer o material. Porém, outra parte da doutrina, corrobora com o entendimento de que a extração compulsória de material genético é inconstitucional, já que viola direitos e garantias constitucionais já consolidados no Estado Democrático de Direito.

Destarte, o estudo será realizado mediante pesquisas bibliográficas de cunho doutrinário, na lei, em artigos e na interpretação do texto constitucional que assegura garantias e direitos fundamentais balizares do Estado Democrático de Direito, sendo que será adotado o método dogmático. Desta maneira cabe afirmar que não é destinado, o método dogmático, a aprisionar o intérprete das normas somente a um entendimento, mas sim direcioná-lo para que decida pelo melhor entendimento adequado à realidade fática (FERRAZ JÚNIOR, 2003).

1 DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para uma melhor compreensão acerca da (in)constitucionalidade da lei nº 12.654/12, no que tange a possibilidade da invasão corporal como meio de identificação criminal, se faz necessário compreender as nuances do Estado Democrático de Direito, enfatizando as garantias e direitos individuais, que são basilares do ordenamento jurídico brasileiro, bem como confrontando os mesmos com a necessária busca pela verdade real que deve ser aplicada ao processo penal.

1.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para compreender o que é Estado Democrático de Direito é imprescindível conhecer como se deu seu surgimento e sua instauração, principalmente levando em consideração as garantias e direitos fundamentais previstos no texto constitucional brasileiro.

1.1.1 Estado de Direito (liberal, social e democrático)

Primeiramente, o Estado de Direito era preponderantemente liberal, surgiu com o advento da institucionalização do poder da burguesia, oriundo da Revolução Francesa, de acordo com Novelino (2014).

O Estado de Direito Liberal apresenta garantias e direitos fundamentais ao indivíduo de maneira singular, retirando, portanto, o poder absolutista do Estado sobre os indivíduos e passando a ser adotado um método abstencionista de aplicação do poder estatal (SILVA, 2006).

Conforme Silva, o Estado Liberal apresenta as seguintes características

- (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão, (b) divisão de poderes, que separa de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderes particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais (SILVA, 2006, p.112).

Vê-se que do Estado Liberal adveio da consolidação dos direitos individuais com fundamento na liberdade. Assim entende Bonavides

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2004, p.563).

Como mencionado por Bonavides (2004), os direitos emanados do Estado liberal são também chamados pela doutrina de direitos de primeira dimensão/geração, e submetem a atuação estatal aos limites impostos pela lei e a obediência às garantias e direitos fundamentais.

O Estado Liberal entrou em decadência devido as desigualdades que permearam a sociedade desta época, já que o mesmo foi esculpido em uma igualdade formal que, embora garantisse o mesmo direito a todos os indivíduos perante a lei, não se atentava ao fato de que a sociedade era dividida em diferentes classes sociais, não sendo, portanto, todos os indivíduos aptos a gozarem tal direito, visto suas desigualdades. Desta feita, se fez necessário a intervenção estatal a fim de sanar o desequilíbrio social causado pelo direito liberal, iniciando, portanto, a instauração de um Estado de Direito Social.

Sarlet, Marinoni e Mitidiero retratando acerca do surgimento do Estado Social, aduzem que com

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. [...]. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de constituírem o objeto de diversos pactos internacionais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p.261).

O Estado de Direito Social tem como fundamento a igualdade, mas não uma igualdade comum (formal) entre todos os indivíduos da sociedade, conforme era no Estado de Direito Liberal citado acima, mas sim, uma igualdade que garantisse que os indivíduos na mesma situação tivessem tratamentos iguais, ou seja, o tradicional conceito lançado por Barbosa acerca da igualdade material

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoeir desigualmente aos

desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (BARBOSA, 1999, p.21).¹

As garantias e direitos fundamentais emanados pelo Estado de Direito Social são também chamadas de direitos de segunda dimensão/geração, e possuem como característica imprescindível, a atividade interventiva do Estado na sociedade com o objetivo de garantir a isonomia.

Bulos descrevendo acerca do direito de segunda dimensão/geração afirma que

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem (BULOS, 2014, p. 528).

Consoante Novelino (2014), o Estado Democrático de Direito surgiu ao final da Segunda Guerra Mundial como uma tentativa de consagrar os direitos adquiridos e suprimir os obstáculos das experiências anteriores, com o escopo de introduzir institutos que garantam a soberania popular, a supremacia da Constituição e a efetividade dos direitos fundamentais por meio da democracia. Neste momento, a Constituição perde seu caráter essencialmente político, passando a ter um caráter jurídico vinculante, ou seja, obrigatório para o Poder Público, deixando de ser normas meramente pragmáticas.

Do mesmo modo, Silva menciona que

A lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressa do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (SILVA, 2006, p.121).

¹ O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 preceitua que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade[...]”. Deste modo, tem-se que a igualdade no ordenamento jurídico atual é regra e não princípio, devendo, portanto, ser aplicado em plena eficácia (ÁVILA, 2005).

Nota-se que com o advento do Estado Democrático de Direito o cumprimento e a eficiência da lei deixam de ser algo meramente normativo, passando a ser algo fundamental para a sociedade, visto que ela expressa as transformações na realidade social.

A Constituição Federal de 1988 garante a eficiência do Estado Democrático de Direito (ou Estado Constitucional Democrático), isto porque é dotada de supremacia e adota a democracia como princípio fundamental em seu art. 1º (“a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”), além de enfatizar no preâmbulo que a Constituição Federal foi criada para

instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, online).

O termo democrático do referido artigo, segundo Silva (2006), qualifica o Estado, que passa a ser democrático, introduzindo o povo no governo do Estado com institutos da democracia direta e indireta.

Novelino aduz ainda, que o Estado Democrático de Direito possui as seguintes características:

- I) consagração de institutos de democracia direta e indireta que introduzem o povo no governo do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 14, I a III);
- II) preocupação com a efetividade e dimensão material dos direitos fundamentais, assegurados mediante a jurisdição constitucional;
- III) limitação do Poder Legislativo, não apenas no aspecto formal (modo de produção do direito), mas também no âmbito material, fiscalizando a compatibilidade do conteúdo das leis com os valores consagrados na Constituição; imposição constitucional não apenas de limites, mas também de deveres ao legislador;
- IV) aplicação direta da Constituição com o reconhecimento definitivo de sua força normativa; ampliação do conceito meramente formal de democracia (participação popular, vontade da maioria, realização de eleições periódicas, alternância no Poder) para uma dimensão substancial, como decorrência do reconhecimento da força normativa e vinculante dos direitos fundamentais, os quais devem ser usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade popular (pluralismo, proteção das minorias, papel contra majoritário do Poder Judiciário...) (NOVELINO, 2014, p. 74).

Logo, o Estado Democrático de Direito visa assegurar a participação da sociedade no poder estatal, visto que a norma constitucional garante (art. 1º,

parágrafo único) que todo poder emana do povo e deve ser exercido em benefício deste, por meio de seus representantes eleitos.

As garantias e direitos fundamentais somados pelo Estado Democrático de Direito são entre outros os direitos de terceira geração/dimensão fundados na ideia de fraternidade/solidariedade. Isto pois visa garantir benefícios à toda coletividade como povo, defendendo interesses inerentes a todos os indivíduos da sociedade, conforme citado acima por meio de seus representantes escolhidos pelo povo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

1.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é considerada pela doutrina como um núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais. Cabe enfatizar que, segundo o art. 1º, III da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e não pode ser considerado um direito, visto que é uma qualidade inata a todo ser humano, independentemente de qualquer característica (SARLET, 2006). Logo a dignidade da pessoa humana é uma qualidade de titularidade universal que não comporta gradações, nem mesmo se difere de uma pessoa para outra, sendo algo absoluto, nos termos da nota retro (vide nota 1).

Nota-se que os direitos e as garantias fundamentais existem com o objetivo de proteger a dignidade da pessoa humana e possuem como finalidade a promoção da mesma.

No mesmo sentido Sarlet ao tentar conceituar a dignidade da pessoa humana chegou à seguinte conclusão

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2006, p.60).

Conforme Novelino (2014), a consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, impõe

ao Estado três deveres, quais sejam: dever de respeito à dignidade; dever de proteção da dignidade e dever de promoção de condições dignas de existência².

O dever estatal de respeito à dignidade trata-se de um dever de abstenção. O Estado não pode promover medidas que violem a dignidade da pessoa humana, ou seja, não deve atuar em algumas situações em que poderia violá-la (NOVELINO, 2014).

Novelino descrevendo o dever de respeito à dignidade da pessoa humana explica da seguinte maneira

O dever de respeito impede a realização de atividades prejudiciais à dignidade (“obrigação de abstenção”). De acordo com a denominada fórmula do objeto, a dignidade é violada nos casos em que o ser humano não é tratado como um fim em si mesmo, mas como mero instrumento para se atingir determinados fins. Por existirem situações em que o tratamento de determinadas pessoas como objeto de medidas estatais não significa necessariamente uma violação de sua dignidade, a fórmula do objeto deve ser matizada. Assim, pode-se dizer que a violação da dignidade ocorre quando o tratamento como objeto constitui uma expressão do desprezo pela pessoa ou para com a pessoa. Esta acepção, ligada ao valor liberdade, ao vedar a prática de condutas violadoras da dignidade, exige uma abstenção dos poderes públicos e dos particulares (NOVELINO, 2014, p. 359).

Observa-se, portanto, que o dever de respeito não permite que o ser humano seja utilizado como mero objeto para se atingir um determinado fim, ou seja, o respeito à dignidade da pessoa humana é violado no momento em que ocorrer a coisificação do ser humano, como uma espécie de desprezo pelo mesmo.

Já em relação ao dever de proteção à dignidade da pessoa humana, consoante Novelino (2014), traduz a imposição ao Estado de promover medidas pelos poderes públicos objetivando evitar que a dignidade da pessoa humana seja violada. Logo, a interpretação dos direitos fundamentais, ao ser feita pelo Poder Judiciário, deve ter como supedâneo hermenêutico a dignidade da pessoa humana.

Por fim, a promoção de condições dignas de existência, conforme Novelino (2014), funda-se na obrigação do Estado de atuar em sentido de que as pessoas tenham uma existência digna, ou seja, o dever do Estado de assegurar à sociedade um mínimo existencial, que se traduz em coletivo de bens e utilidades

² Nesse diapasão faz mister averiguar o art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

indispensáveis à uma existência digna.

Conclui-se que a dignidade da pessoa humana é corolário dos direitos e garantias fundamentais, já que estes visam concretizar aquele. Assim, é oportuno analisar alguns direitos e garantias fundamentais específicos para melhor compreensão da problemática proposta que consiste em apurar a (in)constitucionalidade da extração compulsória de material genético como meio de identificação criminal.

1.3 GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos não se confundem com garantias fundamentais, enquanto que aqueles são as prerrogativas dogmatizadas na Constituição Federal, essas são os instrumentos que viabilizarão o exercício daqueles.

A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito (MORAES, 2014, p. 31).

Vê-se que os direitos fundamentais têm natureza jurídica declaratória, ou seja, demonstram que existe no ordenamento jurídico a vantagem/benefício, ao passo que as garantias fundamentais têm natureza jurídica assecuratória, isto é, asseguram a efetividade e aplicabilidade dos direitos, caso estes sejam violados ou ameaçados, limitando, portanto, o poder estatal.

As garantias e direitos fundamentais são reflexos do Estado Democrático de Direito, já que, como mencionado no tópico 1.1.1, cada Estado de Direito institua alguma garantia ou direito fundamental diverso, sendo que tal instituição não era exaurida com o surgimento de outro Estado de Direito, isso porque, as garantias e direitos fundamentais foram sendo consolidados pela sociedade, não podendo, portanto, nenhuma dessas garantias fundamentais deixarem de estar inerente aos indivíduos da sociedade.

A fim de assegurar a vigência plena das garantias e direitos individuais, o poder legislativo constituinte os petrificou, de modo que, não são passíveis de extinção. Assim expõe o art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal (“Não será objeto

de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais”).

As garantias e direitos individuais vinculam a atividade estatal nos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Mendes (2015, p. 147) afirma que “os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.”

De acordo com Mendes (2015), no âmbito legislativo as garantias e direitos fundamentais emanam uma atuação legislativa positiva com o afã de regulamentá-los bem como uma negativa que o proíbe de retroceder, ou seja, uma lei ulterior não pode excluir as conquistas já obtidas pela sociedade. Já em relação ao Poder Judiciário é vinculado com uma atuação negativa, no sentido de que o judiciário tem o dever de recusar a aplicação de preceitos que não respeitem os direitos e as garantias fundamentais. Enquanto que o Poder executivo, terá os atos que forem praticados sem a análise das garantias e direitos fundamentais, como atos nulos e toda lei deve ser interpretada e aplicada pela Administração com respeito às garantias e direitos fundamentais.

Com supedâneo no acima exposto, para uma melhor compreensão da temática envolvendo a coleta de material genético implantada pela lei nº 12.654/12, se faz necessário a análise das seguintes garantias e direitos individuais.

1.3.1 Direito à liberdade de locomoção

A análise do direito em epígrafe é importante devido ao bem tutelado quando se estuda o processo penal, isto porque, toda persecução criminal tende a punir o autor da conduta delitiva privando o mesmo de sua liberdade, já que se chegar à conclusão de que o indiciado estará sendo obrigado a fornecer provas compulsoriamente, poderá indiretamente violar o direito fundamental de liberdade de locomoção.

O direito à liberdade foi consolidado pela sociedade no Estado de Direito Liberal, sendo um direito de primeira geração/dimensão que tira do Estado o poder de privar o indivíduo de ir e vir, sem fundamentação legal e obedecido o devido processo legal. É um direito previsto no texto constitucional no art. 5º, XV que garante que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus

bens”.

Contudo, Sarlet, Marinoni e Mitidiero alertam que

Como qualquer outro direito fundamental, notadamente no campo das liberdades, também a liberdade de locomoção não constitui um direito absoluto, no sentido de imune a limites e restrições. Alguns limites já se encontram estabelecidos no plano constitucional, ao passo que outros são impostos pelos poderes constituídos, com destaque para ação do legislador (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 475).

O direito à liberdade de locomoção não é absoluto, pois obedecido o devido processo legal, poderá ser restringida a liberdade do indivíduo. Destarte, a prisão é medida *ultima ratio* (última razão ou último recurso), que só pode ser adotado excepcionalmente, ou seja, somente se estiverem presentes os requisitos previstos na lei para a privação da liberdade do indivíduo bem como em estado de sítio (art. 139, I e II da Constituição Federal), já que o texto constitucional garante a inviolabilidade do direito, apenas, em tempo de paz.

1.3.2 Direito à vida - a integridade física

A integridade física do indivíduo é assegurada pelo direito a vida, isto porque, consoante Silva (2006), está a integridade-física corporal inserida no direito à vida e, ao violar um desses direitos, automaticamente estará sendo violado o outro.

No mesmo tom, a Constituição Federal assegura em seu art. 5º, III e XLIX, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e que é “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

A lei nº 12.654/12 prevê a possibilidade de intervenção corporal para coleta de material genético, caso esta coleta seja realizada compulsoriamente, estará violando o presente direito, já que estará invadindo a base corporal da pessoa de maneira abrupta, pois não terá a voluntariedade do indivíduo.

1.3.3 Devido Processo Legal

O art. 5º, LIV da Constituição Federal³ expõe que “ninguém será privado da

³ O conteúdo do art. 5º da Constituição Federal é cláusula pétrea (art. 60, §4º, IV da Constituição Federal de 1988) de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 2 da Constituição Federal de 1988) e visa a efetivação do Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição Federal de 1988).

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Conforme Bulos (2014), o devido processo legal constitui uma garantia constitucional que visa inibir a possibilidade de violação dos direitos que protege, e é tido pelo autor, como um sobreprincípio, ou seja, é base de sustentação de todos os direitos fundamentais, visto que será o meio de conceder as pessoas o que é devido.

Nesse diapasão, Capez informa que

No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado (CAPEZ, 2014, p. 73).

Para conceituar o devido processo legal, a doutrina costuma subdividi-lo em duas acepções, quais sejam: o devido processo legal formal/processual e o devido processo legal substancial/material.

Segundo Novellino (2014), o primeiro conceito reside na importância do processo obedecer estritamente os dispositivos legais procedimentais para que, só assim, possa ser privado a liberdade/bens. Já quanto ao segundo, tem-se que o devido processo legal transpõe a formalidade de uma decisão, devendo esta, se fundamentar na promoção de justiça balizada em uma atividade jurisdicional que conduza o processo de modo justo e adequado, bem como impondo limites ao poder legiferante, ou seja, a limitação consiste em impor pujança na produção de leis justas, racionais e razoáveis.

Do mesmo modo entende Marques (apud Silva, 2006, p. 432) ao afirmar que

quando se fala em “processo”, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, as formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.

Nesse diapasão, é indiscutível a importância do devido processo legal ao presente estudo, já que o mesmo é corolário de todos princípios e direitos processuais.

1.3.3.1 Presunção de inocência

Como corolário do devido processo legal, o art. 5º, LVII da Constituição Federal apresenta a presunção de inocência, informando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, ou seja, até a prolação da sentença penal condenatória irrecorrível, todos são considerados constitucionalmente inocentes, não podendo, portanto, serem levados a enxovia por meras ilações.

Como mencionado no tópico 1.3.1, a prisão é medida excepcionalíssima, e somente poderá ser autorizada em três hipóteses, quais sejam: após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; quando ainda estiver em curso ação penal, somente poderá ser restrita a liberdade, em sede de medida cautelar, sendo a medida devidamente fundamentada pela autoridade judiciária competente e expressamente demonstrando pela acusação (Ministério Público) o *periculum libertatis* (perigo da liberdade) e o *fumus commissi delicti* (fumaça do cometimento do delito); e , por fim, quando estiver decretado o estado de sítio, conforme preleciona o próprio texto constitucional (art. 139, I e II da Constituição Federal), visto que o mesmo garante a inviolabilidade do direito à liberdade de locomoção, apenas, em tempo de paz .

Diante disso, em consonância com os ensinamentos de Capez,

[...] da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual (CAPEZ, 2014, p. 74).

Quanto o primeiro aspecto, ao inverter o ônus probatório exsurge ao poder estatal por intermédio do Ministério Público, órgão que a Constituição Federal atribui a titularidade da ação penal pública (art. 129, I), o ônus de provar a existência da autoria e da materialidade delitiva com o condão de ao final do processo ser decidido pelo magistrado fundamentadamente acerca da condenação ou absolvição do acusado.

Argumentando sobre a inversão do ônus da prova no âmbito penal, colabora, nesse mesmo sentido, Nucci

[...] o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu (NUCCI, 2014, p. 64).

Em relação ao terceiro aspecto, reitera-se as dicções já mencionadas acerca da excepcionalidade nas medidas prisionais e prepondera-se que o estado de inocência deve permanecer inerente ao acusado até o trânsito em julgado da ação penal condenatória. Reforçando, Lima aduz que

Por força do dever de tratamento, qualquer que seja a modalidade de prisão cautelar, não se pode admitir que medida seja usada como meio de inconstitucional antecipação executória da própria sanção penal, pois tal instrumento de tutela cautelar penal, somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária mediada de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu (LIMA, 2014, p. 52).

Por fim, o segundo aspecto é considerado pela doutrina como um verdadeiro princípio no âmbito penal, princípio do *in dubio pro reo* (na dúvida a favor do réu), visto que está entrelaçado à valoração das provas constituídas no processo, sendo que o Estado-juiz deverá beneficiar o réu, caso o arcabouço probatório seja insuficiente para convencê-lo de que no “mundo fático”, o réu realmente foi autor do crime.

Távora e Alencar (2014, p. 76) contribuem, afirmando que “a dúvida sempre milita em favor do acusado (*in dubio pro reo*). Em verdade, na ponderação entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do imputado, este último deve prevalecer.”

Neste prisma, dada a importância para o presente estudo em compreender a ótica material e processual penal, passa-se a analisar a finalidade do Direito Material e Processual Penal.

1.4 MÉRITO CRIMINAL⁴: DIREITOS MATERIAIS “VS” FORMAIS

Os fatos jurídicos são acontecimentos advindos da natureza ou da vontade humana que produzem um resultado jurídico (GONÇALVES, 2008). Deste modo,

⁴ Para o estudo deste trabalho será considerado o mérito criminal, a análise das nuances extraídas da autoria e da materialidade delitiva, ou seja, estudará desde a prática do delito até o início da execução penal.

tem-se que no âmbito criminal o mérito é tido como a interligação dos fatos jurídicos, que são demonstrados por meio das provas na persecução criminal, com as leis formais e materiais criminais, que compõe o ordenamento jurídico, resultando na prolação de um provimento judicial pelo Estado-Juiz, perfazendo, assim, justiça.

Neste contexto, é importante mencionar que diferentemente dos demais ramos do direito, o direito penal protege os bens jurídicos considerados mais importantes pela sociedade e consubstanciados em lei, sufragando aqui, o princípio da legalidade, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX da Constituição Federal). Deste modo, é também implantado a proteção à vítima, isto é, ao proteger os bens jurídicos tutelados impondo sanção àqueles que violem os dispositivos penais, consequentemente se protege as vítimas, todavia, apenas, a proteção não é suficiente, cabendo ao delinquente também o dever de reparar os danos sofridos.

Logo, o direito penal emerge como modo de controlar a sociedade e garantir a inviolabilidade dos bens jurídicos que o tutela. Assim entende Bitencourt ao afirmar que

O Direito Penal regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade. Como meio de controle social altamente formalizado, exercido sob o monopólio do Estado, a *persecutio criminis* somente pode ser legitimamente desempenhada de acordo com normas preestabelecidas, legisladas de acordo com as regras de um sistema democrático. Por esse motivo os bens protegidos pelo Direito Penal não interessam ao indivíduo, exclusivamente, mas à coletividade como um todo. A relação existente entre o autor de um crime e a vítima é de natureza secundária, uma vez que esta não tem o direito de punir. Mesmo quando dispõe da *persecutio criminis* não detém o *ius puniendi*, mas tão somente o *ius accusationis*, cujo exercício exaure-se com a sentença penal condenatória. Consequentemente, o Estado, mesmo nas chamadas ações de exclusiva iniciativa privada, é o titular do *ius puniendi*, que tem, evidentemente, caráter público (BITENCOURT, 2012, p.19).

O Estado tem a função de manter a ordem social, para tanto, utiliza o direito como ferramenta apta a resolver os conflitos sociais e organizar a sociedade. Assim, emerge o direito, fruto advindo de uma necessidade em organizar a sociedade com o escopo de garantir condições de subsistência dos membros que a compõe.

Nesse sentido, Batista afirma que

A missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou confirmando (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho propulsor, e a mais modesta de suas virtualidades estará em resolver casos (BATISTA, 2007, p.111).

Portanto, entende-se que o direito penal, antes de punir aplicando sanção aqueles que descumprem o pacto social, ou seja, aqueles que realizam condutas extraordinárias e destoantes da normalidade afetando bens jurídicos devidamente tutelados, visa primordialmente evitar a arbitrariedade estatal.

Nucci (2014, p.51) ratifica os argumentos, aduzindo que o direito penal “é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.”

Ora, o direito penal não tem, apenas, a finalidade sancionatória, ele, antes de mais nada, protege o autor de um delito das arbitrariedades estatais, objetivando assegurar as garantias e direitos fundamentais inerentes a ele, não cometendo, portanto, injustiças.

Diante disto, faz necessário entender a ótica e a finalidade do Processo Penal. Segundo Dinamarco, Grinover e Cintra

O direito processual é, assim, do ponto-de-vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2011, p. 46).

O direito processual, portanto, visa instrumentalizar a lei material, obedecendo os ditames legais, para se garantir a pacificação social.

Tucci (apud Nucci, 2014, p. 59) corrobora com o pensamento, afirmando que

à instrumentalização da jurisdição, ou seja, da ação judiciária, em que se insere ação das partes, apresenta-se o processo penal como um conjunto de atos que se realizam sucessivamente, preordenados à solução de um conflito de interesses de alta relevância social. A regulamentação desses atos, integrantes do procedimento em que ele se materializa, encontra-se estabelecida nas leis processuais penais, aliás, com muita propriedade.

Observa-se que o Processo Penal tem a missão de efetivar a aplicação da lei penal e do *ius puniend* (direito de punir), devendo obedecer aos dispositivos estampados na lei processual penal bem como as garantias e direitos constitucionais. Reforçando a argumentação, Távora e Alencar (2014, p. 40) esclarecem que “o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a

aplicação da pena ao caso concreto. Deve-se ter em vista que o *jus puniendi* concentra-se na figura do Estado.”

Em suma, o Estado por intermédio do Poder Judiciário tem a tarefa de instrumentalizar as relações jurídicas consubstanciadas pela legislação material penal e efetivá-las em um processo, obedecendo todas as garantias e direitos fundamentais ínsitos ao indivíduo, para ao final, ser prolatada uma sentença condenando ou absorvendo o réu.

1.4.1 Persecução Criminal

A persecução criminal engloba a fase pré-processual e a fase processual, e consiste em efetivar o *ius puniendi* estatal acerca de uma suposta conduta delitiva trazida ao conhecimento do Estado.

Carvalho confirma o exposto, afirmando que

A persecução penal consiste no fato de os órgãos estatais e, excepcionalmente, a vítima perseguir o crime. A *persecutio criminis* desdobra-se em duas fases: a primeira, investigatória, que é realizada por órgãos do Estado, de modo a demonstrar a exigência do crime e indícios de autoria; a segunda, em regra, é promovida em juízo, também, por órgão estatal (Ministério Público) e, excepcionalmente, pela vítima e seus sucessores (ação penal privada) (CARVALHO, 2007, p.35).

Do mesmo modo, Távora e Alencar aduzem que

A persecução criminal para a apuração das infrações penais e sua respectiva autoria comporta duas fases bem delineadas. A primeira, preliminar, inquisitiva, e objeto do presente capítulo, é o inquérito policial. A segunda, submissa ao contraditório e à ampla defesa, é denominada de fase processual. Assim, materializado o dever de punir do Estado com a ocorrência de um suposto fato delituoso, cabe a ele, Estado, como regra, iniciar a *persecutio criminis* para apurar, processar e enfim fazer valer o direito de punir, solucionando as lides e aplicando a lei ao caso concreto (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p. 107).

Constata-se que a persecução criminal é composta por uma fase investigatória em que serão colhidas informações para robustecer a deflagração de uma ação penal, e por uma fase processual em que deverá ser respeitada as garantias e direitos fundamentais, para que ao final, seja prolatada uma decisão justa e fundamentada pelo Estado-Juiz.

Na fase investigatória busca-se a verdade real dos fatos, a fim de que sejam

coletados elementos informativos suficientes a se deflagrar uma ação penal, ou seja, o Estado por meio da polícia irá reunir indícios necessários para se descobrir a autoria e a materialidade delitiva, a fim de municiar o titular da ação penal de elementos que sejam necessários e indispensáveis para a propositura da denúncia/queixa-crime. Geralmente, a fase investigatória é realizada pela polícia judiciária por meio de um procedimento administrativo chamado de inquérito, mas, é importante mencionar, que devido o mesmo ser dispensável, poderá a fase pré-processual não existir ou até mesmo ser realizado por outros meios definidos em lei.

Para se efetivar o mais próximo possível da (in)existência da atividade delituosa e sua materialidade, o inquérito policial, segundo Távora e Alencar (2014), apresenta as seguintes características: a) discricionário, o delegado de polícia tem a faculdade de instaurar o inquérito; b) escrito; c) sigiloso; d) oficial, o órgão insculpido em presidir o inquérito é oficial; e) oficiosidade, tendo notícia de atividade delitiva, deve a autoridade policial atuar *ex-officio* (em função do ofício), caso se trate de ação penal pública incondicionada, nas demais, deverá aguardar a permissão da vítima; f) indisponível, iniciado o inquérito, a autoridade policial não tem a faculdade de dispor; g) inquisitivo, visto que somente uma pessoa, o delegado de polícia, é que conduzirá as investigações, preponderando que algumas garantias e direitos fundamentais poderão ser restringidos nesta fase; h) autoritariedade, em que o inquérito será conduzido por uma autoridade pública; e i) disponibilidade, o inquérito é prescindível para a deflagração do processo.

O presente estudo será adstrito a fase investigatória, visto que além de buscar identificar o indivíduo que praticou determinada conduta tipificada, objetiva também chegar o mais próximo possível da verdade real do crime, ou seja, o direito processual penal não pode se basear apenas em hipóteses para processar e consequentemente penalizar o indivíduo com base na convicção do titular da ação penal, sendo necessária, a certeza da conduta e do autor da mesma. Logo, fica explícita a importância da identificação criminal na fase inquisitiva que está diretamente ligada à eficiência na busca pela verdade real, por isso reside a importância da compreensão das características do inquérito bem como do delineamento principiológico do processo penal.

1.4.2 Princípios Processuais Penais

Inicialmente, é importante mencionar que a norma constitui a interpretação advinda de um texto de lei, tem-se que a norma jurídica é um gênero que possui como espécies os princípios e as regras (ÁVILA, 2005).

Os princípios visam impor o que se deseja alcançar, ou seja, o objetivo pelo qual foi interpretada a norma jurídica, tendo, portanto, caráter finalístico, pois viabilizam a melhor aplicação possível da norma variando de acordo com o caso em concreto (ÁVILA, 2005). Ávila conceitua princípio da seguinte forma

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospetiva e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2005, p. 70).

Enquanto que as regras definem a imposição, proibição e/ou permissão de uma conduta. Ávila define regras da seguinte maneira

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2005, p. 70).

Ainda, é importante ressaltar que conforme Alexy (apud Mendes, 2015, p.74)

Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas categorias se diferenciam qualitativamente - não havendo entre eles apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão - e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin -, "são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes". Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real).

Portanto, o conceito de princípios reside na maior aplicabilidade possível da norma jurídica, ou seja, atingir o objetivo inicial da norma no máximo possível, em contrassenso, a regra só tem duas possibilidades ser ou não ser cumprida, isto é, a regra apenas impõe, proíbe ou permite algo, e a partir do momento em que ela é válida, deve ser cumprida.

As garantias e direitos apresentados neste trabalho, podem ser tidos como

regras ou como princípios.

1.4.2.1 *Não autoincriminação ou nemo tenetur se detegere*

A garantia da não autoincriminação tem como supedâneo primordial a presunção de inocência e o devido processo legal, e visa garantir o direito ao suposto infrator de não produzir provas contra se mesmo.

Ainda, a presente garantia encontra guarida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22/11/1969, em São José da Costa Rica, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 de 6/11/1992, no artigo 8º, §2º, “g”, *in verbis*:

Artigo 8º. Garantias Judiciais

§2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (BRASIL, online).

Desse modo, observa-se que o princípio da não autoincriminação tem, acima de tudo, a missão de impedir que sejam violadas garantias e direitos fundamentais inerentes ao suposto acusado. Segundo Lopes Júnior (2014), o art. 5º, LXIII da Constituição Federal (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”) em que pese descrever que o direito de permanecer calado se reserva ao preso, para ele, parece inequívoco que a aplicabilidade de tal direito se estende também aos que estão em liberdade.

A orientação mencionada de Lopes Júnior (2014), realmente tem respaldo, tanto que a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos o erigiu como garantia judicial.

Diante disto, segundo Lima (2014), da referida garantia emanam os seguintes direitos: a) o direito ao silêncio: trata-se de autodefesa do acusado, em que consiste no direito não responder perguntas a ele direcionadas; b) direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal: o acusado não tem a obrigatoriedade de confessar a prática delitiva; c) inexigibilidade de dizer a verdade: devido não existir o crime de falso juramento no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que mentir moderadamente, é admitido, já que a omissão da verdade dentro da

razoabilidade não implicará em nenhum prejuízo ao suspeito de um crime; d) o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo: segundo o entendimento do autor (2014, p. 81), “sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento”, e acrescenta afirmando que a presente garantia não acoberta comportamentos passivos do acusado, visto que este será utilizado como um objeto a realização das diligências, para exemplificar cita a condução coercitiva para a realização de reconhecimento de pessoas; e por fim, e) o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva: expõe que o Estado mediante os órgãos que atuam na persecução criminal não podem invadir à integridade física do acusado para produzir provas sem o seu consentimento, ou seja, não poderá o Estado utilizar de meios coercitivos para adentrar a integridade física do acusado a fim de coletar materiais genéticos.

É consolidado na jurisprudência e na doutrina que os materiais genéticos descartados pelo suposto agente do delito podem ser colhidos involuntariamente. Ainda, é importante destacar que a presente garantia se circunscreve, apenas, às provas invasivas, nada mencionando acerca das provas não invasivas, desta forma, é plenamente aceitável a coleta de provas não invasivas.

A presente monografia, prioritariamente, verificará o quarto e o quinto direito advindo da garantia em estudo, já que a compulsoriedade na coleta de material genético para identificação criminal poderá afetar diretamente a presente garantia individual. Pacelli (2014) corrobora com o entendimento, afirmando que o referido direito impõe “a regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária.”

Nesse diapasão, tem-se que a referida garantia é uma verdadeira ferramenta de autodefesa do acusado contra o arbítrio estatal.

Nucci contribuindo com assunto, menciona que

O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindindo, pois, de sua colaboração. Seria a admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal (NUCCI, 2014, p. 65).

Logo, a instituição do sistema de garantias e direitos fundamentais impõe ao

Estado, no âmbito penal, o dever de buscar a verdade por meio aptos e eficientes que não violem as prerrogativas alicerçadas ao Estado Democrático de Direito condição pátria, jurídica e política.

No mesmo sentido Queijo expõe que

Nessa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações (QUEIJO, 2012, p. 77).

Portanto, a presente garantia constitui um modo de evitar a arbitrariedade estatal desencadeada na busca pela verdade real. Deste modo é essencial a análise do princípio em epígrafe, já que segundo parte da doutrina, tem-se que este é violado pela coleta compulsória de material genético para identificação criminal.

1.4.2.2 *Princípio da Pessoalidade da Pena*

O princípio da pessoalidade, também conhecido como princípio da intranscendência da pena ou princípio da responsabilidade pessoal, expõe que a pena não poderá passar da pessoa do condenado. Tem amparo no art. 5º, XLV da Constituição Federal de 1988:

nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (BRASIL, online).

Segundo Greco

Quer o princípio constitucional dizer que, quando a responsabilidade do condenado é penal, somente ele, e mais ninguém, poderá responder pela infração praticada. Qualquer que seja a natureza da penalidade aplicada - privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa -, somente o condenado é que deverá cumpri-la (GRECO, 2015, p. 129).

Nota-se que, de acordo com princípio em tela, apenas e tão somente, o verdadeiro autor do delito (condenado por sentença penal condenatória transitada em julgado) é que deverá cumprir as sanções impostas pelo Estado, não podendo, em nenhuma hipótese, pessoa diferente sofrer as mesmas.

Do mesmo modo Nucci aduz o significado do princípio

Significa que a punição, em matéria penal, não deve ultrapassar a pessoa do delinquente. Trata-se de outra conquista do direito penal moderno, impedindo que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado (NUCCI, 2014, p. 69).

Destarte, o princípio da pessoalidade da pena demonstra a importância da identificação criminal, já que o indivíduo deve ser devidamente individualizado na fase pré-processual a fim de evitar condenações (na fase processual) equivocadas.

1.4.2.3 *Princípio da ação*

O princípio da ação tem o escopo de demonstrar que o Poder Judiciário é inerte, e só pode se manifestar acerca de algo, caso seja provocado pelas partes. Tratando acerca deste princípio, Capez informa que

O juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte. Cabe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I) e ao ofendido, a ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública (CPP, arts. 29 e 30; CF, art. 5º, LIX) (CAPEZ, 2014, p. 72).

Tem-se que em âmbito penal, como demonstrado por Capez (2014), cabe ao Ministério Público titular da ação penal pública ou ao ofendido titular da ação penal privada propor uma denúncia/queixa-crime com o afã de ver o Poder Judiciário ao final do processo prolatar um provimento jurisdicional promovendo, portanto, justiça.

Deste princípio surge as noções de processo inquisitivo e acusatório⁵. Conforme Dinamarco, Grinover e Cintra (2011, p. 64) “no processo inquisitivo, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão”.

Já em relação ao processo acusatório, diferentemente do processo inquisitivo, o processo tem como corolário a igualdade, em que o juiz inerte fica apto a estabelecer seu livre convencimento motivado mediante a produção probatória realizada pelas partes no decorrer do processo (DINAMARCO; GRINOVER;

⁵ A discussão acerca do sistema processual penal inquisitivo e acusatório poderia ser suprimida, todavia, como será demonstrado em momento oportuno, a lei que institui a extração de material genético como meio de identificação criminal atribui ao magistrado a prerrogativa de determina a coleta de ofício, ou seja, sem qualquer manifestação das partes.

CINTRA, 2011). Sendo que as provas devem ser produzidas respeitando devidamente as garantias e direitos fundamentais.

Ainda, Dinamarco, Grinover e Cintra afirmam que

No processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título de cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2011, p. 64).

Em vista disso, tem-se que o processo penal adotou a sistemática do processo acusatório em que o Estado-Juiz deve ficar inerte a fim de emanar um provimento jurisdicional resolvendo a problemática submetida a ele. O exame do presente princípio é fundamental para uma visão acerca da movimentação processual penal transposta ao Poder Judiciário.

1.4.2.4 *Princípio da proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade, segundo Távora e Alencar (2014), é considerado um superprincípio, já que visa resolver possíveis conflitos entre princípios.

A proporcionalidade é fundamentada pelo trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

De acordo com Novelino (2014), a adequação é a busca pelo ato mais eficiente para atingir a finalidade desejada inicialmente na norma, para tanto, os meios e os fins devem ser capazes de alcançar o efetivo cumprimento. Embora capaz de atingir o objetivo determinado pela norma, deve também ser analisada a necessidade de se adotar tal medida, averiguando qual meio será menos grave, assim se houver duas medidas adequadas deve-se adotar a menos gravosa possível. Após constatado que a medida é o meio mais adequado e necessário, será imprescindível analisar a proporcionalidade em sentido estrito que é a ponderação entre os princípios que estiverem em conflito, buscando a maior satisfação possível no caso em concreto, aferindo, assim, qual princípio deve prevalecer em detrimento do outro.

O estudo do princípio em foco é importante à problemática, pois caso haja a colisão de princípios, deverá o magistrado transcorrer as etapas supramencionadas

com o afã de prolatar uma decisão proporcional e justa ao caso em concreto (ÁVILA, 2005).

1.5 DA BUSCA PELA VERDADE REAL

O tópico em estudo irá abordar a busca pela verdade real baseado, principalmente, no conhecimento extraído da obra “a verdade e as formas jurídicas” de Michel Foucault (2002).

1.5.1 Conceito de Verdade

Távora e Alencar (2013. p.67) afirmam que verdade é palavra “originária do latim *veritate*, aproxima-se de exatidão, conformidade com o real”.

Em contrassenso, faz mister diferenciá-la de certeza, visto que esta é relacionada ao convencimento do magistrado a respeito da reprodução da “verdade”.

Em concordância com o acima descrito, Sabatini (apud Queijo, 2012, p. 52) define certeza como “a apreensão e consciência da verdade. É um estado de ânimo, que se apresenta quando se forma o convencimento de se ter atingido a verdade”.

Consoante Malatesta

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes duvida-se do que objetivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros (MALATESTA, 1927, p.21).

Nota-se, portanto, que a verdade corresponde a expressa e fiel reprodução do fato, enquanto que a certeza esta ínsita a subjetividade em sua valoração.

1.5.2 A busca pela verdade real de Foucault

Consoante os ensinamentos de Foucault (2002), o surgimento de novas práticas jurídicas está intrinsicamente ligado às duas histórias da verdade, quais sejam: uma história interna, em que se tem a sustentação nos seus próprios

princípios, e outra realizada externamente por meio de regras previamente determinadas pela sociedade. Melhor dizendo, a verdade pode ser extraída, no primeiro caso, por meio do direito consuetudinário, enquanto que no segundo caso, será incorporada por um sistema positivado de leis.

A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história de uma verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade, ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras de jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior, da verdade (FOUCAULT, 2002, p. 11).

Foucault (2002) retrata por meio de duas histórias gregas o surgimento da prova como critério para a busca da verdade no procedimento jurídico. A primeira história balizada em *Ilíada* de Homero, narra a história de um litígio que ocorreu durante uma corrida realizada entre dois indivíduos, em que haviam regras previamente determinadas e o seu não cumprimento, consequentemente, ocasionava a violação do direito de um dos concorrentes. Essa irregularidade deveria ser apontada por meio de uma contestação direcionada diretamente a parte ré, ou seja, a pessoa que se sentia prejudicada pela irregularidade deveria propor um desafio, um “jogo de provas”, desafiava-se o réu, a não aceitação gerava uma presunção de cometimento da irregularidade.

Eis a velha e bastante arcaica prática da prova da verdade em que esta é estabelecida judiciariamente não por uma constatação, uma testemunha, um inquérito ou uma inquisição, mas por um jogo de prova. A prova é característica da sociedade grega arcaica (FOUCAULT, 2002, p. 33).

A segunda história é desenrolada ao longo da tragédia de *Édipo-Rei*, que retrata a história do rei que matou seu pai e casou-se com sua mãe. Ocorre que, nem Édipo, nem sua mãe, tampouco qualquer das pessoas envolvidas na tragédia conheciam plenamente os fatos. Diante desse quadro, foi realizado o que Foucault (2002) chama de lei das metades: instrumento utilizado por meio de perguntas e respostas em que cada depoimento complementa o outro, com o fito de buscar a verdadeira realidade fatídica.

O primeiro jogo de metades que se ajustam é o do rei Apolo e do divino adivinho Tirésias – o nível da profecia ou dos deuses. Em seguida, a segunda série de metades que se ajustam é formada por Édipo e Jocasta. Seus dois testemunhos se encontram no meio da peça. É o nível dos reis, dos soberanos. Finalmente, a última dupla de testemunhos que intervém, a

última metade que vem completar a história não é constituída nem pelos deuses nem pelos reis, mas pelos servidores e escravos. O mais humilde escravo de Políbio e principalmente o mais escondido dos pastores da floresta do Citerão vão enunciar a verdade última e trazer o último testemunho (FOUCAULT, 2002, p. 38-39).

A trama gira em torno de uma análise hierarquizada: primeiramente averiguando as metades trazidas pelos deuses, após pelos reis e por fim pelos escravos. Para resolução do litígio e a concretização da verdadeira realidade dos fatos, se fez necessário o colhimento de depoimento de testemunhas, visto que para a formação do convencimento do Rei e do coro, foi necessário um olhar de pessoas que realmente observaram os fatos, isto é, não era suficiente apenas uma descrição balizadas em deuses e adivinhos, em formas de desafios e profecias, se fez necessário uma descrição realística dos fatos (FOUCAULT, 2002).

Em consonância com os ensinamentos de Foucault (2002), na Idade Média por meio do Direito Germânico, o sistema penal tinha como base a vingança privada. A ação penal caracterizava-se pela existência de duas personagens: a vítima e a causadora do dano. Entre eles era realizado um duelo em que apenas havia uma intervenção para regulamentar o combate, “o direito é, portanto, a forma ritual da guerra” (FOUCAULT, 2002, p. 57).

De acordo com Foucault (2002), a vítima poderia ser representada por sua família, o que ocasionava um conflito permanente, visto que o duelo vigorava por tempo imensurável, sempre ocorrendo desafios recíprocos entre as famílias envolvidas no litígio. Diante desse quadro, o Direito Germânico oferecia a faculdade de se realizar uma transação com o escopo de finalizar o litígio. “Nesse momento, os dois adversários recorrem a um árbitro que, de acordo com eles e com seu consentimento mútuo, vai estabelecer uma soma em dinheiro que constitui o resgate” (FOUCAULT, 2002, p.57).

Segundo Foucault (2002), essa ritualização da guerra é demonstrada por um sistema de provas que tem o condão de mostrar a preponderância do que cada parte alega, prevalecendo a importância do discurso. Necessariamente deverá ter um vencedor e um perdedor, o procedimento não visa demonstrar a verdade real, mas sim a ficção de que o vencedor é o que tem razão no caso em concreto. Nesse tipo de procedimento, terá um juiz para atestar a regularidade do mesmo.

Exemplificando, a vítima afirmava que um terceiro teria cometido um delito, a resolução do conflito ocorria mediante um sistema de provas em que ambos

deveriam concordar. Caso não houvesse a aceitação por uma das partes, a que não aceitou perderia o processo. Se ambos aceitassem, seria realizada a prova delineada para o caso e uma das partes sairia vencedora do processo.

No sistema de prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade (FOUCAULT, 2002, p. 61).

As provas existentes no Direito Germânico, segundo Foucault (2002), eram classificadas como: as provas sociais em que o acusado deveria demonstrar a sua importância no meio social por meio de doze testemunhas, que necessariamente deveriam ser parentes do acusado. Elas faziam um juramento afirmando que o indivíduo não cometeu o delito devido a sua influência no meio social; as provas verbais na qual o acusado deveria provar sua inocência mediante um debate verbal utilizando-se de formulas e métodos de pronuncia com o fito de ter sucesso no processo. O erro, mesmo que semântico no pronunciamento ocasionava a perda do processo; as provas mágico-religiosas do juramento em que o acusado deveria jurar perante os deuses que não cometeu o delito, se não o fizesse, fracassava no processo; as provas físicas que eram provas que submetiam o acusado a um jogo pelo qual afetavam a sua própria integridade física. Dependendo de como se sobressaia o acusado ele seria vencedor ou perdedor do processo.

O sistema jurídico Germânico se extinguiu no fim do século XII e início do século XIII.

Conforme Foucault (2002), durante a Idade Média, as circulações de riquezas se davam preponderantemente por meio de guerras. A sociedade apresentada como feudal tinha uma tendência binária, qual seja: em primeiro lugar, os mais poderosos tentavam concentrar em suas mãos o maior poder bélico possível com o objetivo de impelir os mais fracos, dessa forma é que surge a monarquia.

Por fim, haviam fatos jurídicos que também faziam, mesmo que de menor expressão, circular os bens (testamento, por exemplo). Diante da circulação de riqueza ser realizada também por meio de ações e litígios, os poderosos com receio de deixar a transferência de bens se dá entre indivíduos, quiseram ser detentores do Poder Judiciário a fim de que também pudessem tomar decisões que influenciariam diretamente na circulação de riquezas (FOUCAULT, 2002).

1.5.2.1 *Do Poder Judiciário*

Diante do acima esposado, emergiu as primeiras noções concretas do Poder Judiciário, visto que se passou a colocar nas mãos de um terceiro, alheio ao conflito em tese, a resolução de um determinado litígio.

Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia soberania não que fizesse justiça, mas que constasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento. Não havia poder judiciário autônomo, nem mesmo poder judiciário nas mãos de quem detinha o poder das armas, o poder político. Na medida em que a contestação judiciária assegurava a circulação de bens, o direito de ordenar e controlar essa contestação judiciária, por ser um meio de acumular riquezas, foi confiscado pelos mais ricos e mais poderosos (FOUCAULT, 2002, p.65).

De acordo com Foucault (2002), esse novo sistema implantado em decorrência do feudalismo, os indivíduos devem ser submetidos a um poder exterior, para que este resolva seus litígios. O poder encontra-se nas mãos do monarca e será exercido como forma de jurisdição por meio dos procuradores.

Como dito, os conflitos eram resolvidos basicamente entre dois indivíduos: vítima e acusado. Tratava-se de uma vingança privada em que o único objetivo era saber quem detinha a “razão”. A única visão que se tinha era de um dano realizado por indivíduo e sofrido por outro, com essa nova visão de ter um poder exterior para resolver os litígios, foi que surgiu as primeiras noções de que uma infração penal ofende não só a vítima, mas também a ordem estatal.

Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra o outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano (FOUCAULT, 2002, p.66).

Observa-se, portanto, que ao sair das mãos dos indivíduos a possibilidade de resolver os conflitos sociais, ocorre uma transformação no seio jurídico, passa-se de uma visão privada do direito para a sua publicização, momento em que os conflitos serão resolvidos por meio de um poder exterior (FOUCAULT, 2002).

Essa preponderância da justiça ser realizada por meio de uma visão publicista, se dá no momento em que o rei abarca para si os procedimentos e meios para resolver os conflitos sociais. É neste momento que se extingue aquele método de buscar a verdade por meio sistema de provas empregado no ordenamento jurídico Germânico, haja vista que o Rei não irá disputar um processo sob a égide do

princípio da igualdade, sob pena de poder perder a maioria dos processos (FOUCAULT, 2002).

1.5.2.2 *O inquérito: coleta indiciosa*

Consoante os ensinamentos de Foucault (2002), havia dois modelos jurídicos para a busca da verdade no processo sem que o rei tivesse que disputar com “paridade de armas”. O primeiro era empregado no próprio direito Germânico, que consistia no flagrante delito. Quando um indivíduo era pego cometendo crime em flagrante, a própria população que via, acusava e condenava o delinquente. “Nesse momento, as pessoas que o surpreendiam tinham o direito de levá-lo ao soberano, ao detentor de um poder político e dizer: ‘Nós o vimos fazendo tal coisa e consequentemente é preciso puni-lo ou exigir-lhe reparação’” (FOUCAULT, 2002, p.68).

O segundo, foi o adotado, já havia outrora sido empregado no império Carolíngio e na igreja Merovíngia. Era chamado de inquérito, foi o escolhido porque nem sempre era possível pegar em flagrante delito um infrator e, o inquérito tem o intuito de trazer ao processo a verdade real do caso discutido (FOUCAULT, 2002).

No império Carolíngio o inquérito era utilizado administrativamente, consistia em chamar pessoas de notório saber jurídico e conhecedores de costumes. Era realizado um juramento e após eram ouvidas mediante um questionário a fim de que se descobrisse a verdade dos fatos. Após as perguntas, essas pessoas eram deixadas a sós com a finalidade de deliberarem sobre o caso mediante uma decisão (FOUCAULT, 2002).

Já na Igreja Merovíngia era realizado mediante uma visita do bispo à diocese, por isso era chamado de *visitatio*, o bispo realizava perguntas às pessoas consideradas notáveis pela sociedade religiosa. Se essas pessoas respondessem afirmando que havia ocorrido um crime, procurava-se a autoria delitiva mediante outro ciclo de perguntas e respostas. Vale ressaltar, que em qualquer das duas fases era aceito a confissão (FOUCAULT, 2002).

Nota-se que o inquérito visa estabelecer e dizer ao procurador do Rei a verdade real e mais justa que merece triunfar em dado conflito social. Portanto, resta concluir que “o inquérito é uma forma de saber-poder” (FOUCAULT, 2002, p. 78). Saber, pois se faz necessário, mediante a dialética jurídica realizada por meio de

perguntas e respostas, descobrir a verdade; e poder porque uma vez passado o primeiro estágio, poder-se-á impor mediante uma decisão a predominância de uma das verdades: a do acusado ou a da vítima (FOUCAULT, 2002).

A idade contemporânea também chamada por Foucault (2002) de sociedade disciplinar, tem início no final do século XVIII e início no século XIX e apresenta uma reforma e reorganização do sistema judiciário penal.

O principal ponto das transformações jurídicas implantadas nessa sociedade, foi a reelaboração da lei penal, balizadas principalmente em Beccaria, Bretham e Brissot. Passou-se a desconectar a infração penal de faltas morais e religiosas, a lei penal deve se preocupar com o que realmente é nocivo a sociedade, atuando apenas quando forem violados os bens jurídicos tutelados mais importantes. A lei deve além de reparar os danos ocasionados a uma vítima, prevenir que outras infrações semelhantes não sejam cometidas (FOUCAULT, 2002).

Observa-se que o criminoso é considerado um indivíduo que age contra o Estado, definido por Rousseau como aquele que rompe o contrato social, portanto, o criminoso é tratado como um verdadeiro “inimigo da sociedade”. Nesse contexto, surgiu alguns projetos de punições com o escopo de prevenir e reparar o mal sofrido pela sociedade, quais sejam: expulsar, exilar, banir ou deportar, humilhar, envergonhar, trabalho forçado e a pena de talião. Esses métodos de punições foram substituídos pelo aprisionamento (FOUCAULT, 2002).

1.5.2.3 *Do panopticon*

A Idade Contemporânea é chamada de sociedade disciplinar por Foucault (2002) pelo fato de procurar métodos para punir os indivíduos a fim de que cumpram o pacto social. Segundo o autor (2002), foi desenhado um modelo “ortopédico social”, ou seja, modelo em que se deve controlar, vigiar e corrigir os indivíduos para que não rompam o pacto social. Trata-se do *panoptismo*, que segundo Foucault foi descrito por Bentham da seguinte forma

O Panopticon era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se

corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc. Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante que observava através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo. Para Bretham esta pequena e maravilhosa astúcia arquitetônica podia ser utilizada por uma série de instituições (FOUCAULT, 2002, p.87).

Antes do panoptismo o inquérito era considerado um procedimento, por meio do qual se procurava, na prática judiciária, saber dos fatos ocorridos, ou seja, era um modo de buscar a verdade real analisando apenas fatos pretéritos (FOUCAULT, 2002).

Posteriormente, com o advento do panoptismo o poder não está mais repousado em um inquérito, mas sim em algo completamente diverso que Foucault (2002) denominava ser: o exame, que não somente trata de reconstituir um fato ocorrido, mas sim de por meio de vigilância ininterrupta reconhecer tal fato e impor aos indivíduos que respeitem as regras, visto que, estão a todo momento sendo controlados e vigiados por esse poder e se agirem de qualquer modo contrário ao imposto, por ele será corrigido (FOUCAULT, 2002).

O objetivo tríplice do panoptismo é controlar, vigiar e corrigir. Esse mecanismo de controle social surgiu lentamente na Inglaterra e na França (FOUCAULT, 2002).

Na Inglaterra, várias comunidades no decorrer da história apresentaram traços desse mecanismo de controle social. São citadas por Foucault (2002): as comunidades religiosas, primeiramente representadas pelos *quakers* que surgiram com o objetivo de prestar assistências aos enfermos e observar quais seriam as causas das enfermidades. Outras controlavam as condutas dos indivíduos, fazendo com que se respeitasse os domingos, proibindo a leitura de certos livros considerados licenciosos e obscenos. Por último, havia as sociedades propriamente econômicas, que consistia na união das grandes empresas a fim de instituir uma polícia privada para proteger o patrimônio dos criminosos (FOUCAULT, 2002).

Na França o mecanismo era expresso pelas “*lettre-de-cachet*” que eram ordens impositivas emanados pelo Monarca que podiam ordenar que se fizesse qualquer ato, desde ordenar um casamento até privar a liberdade de indivíduo. As “*lettre-de-cachet*” podiam ser solicitadas por qualquer pessoa e sob qualquer fundamentação, o indivíduo, geralmente o chefe da família solicitava uma “*lettre-de-*

cachet” para que segundo os critérios de convicção do Rei, o mesmo emitisse uma ordem para que fosse realizado o pedido (FOUCAULT, 2002).

A prisão, que vai se tornar a grande punição do século XIX, tem sua origem precisamente nesta prática para-judiciária da *lettre-de-cachet*, utilização do poder real pelo controle espontâneo dos grupos. Quando uma *lettre-de-cachet* era enviada contra alguém, esse alguém não era enforcado, nem marcado, nem tinha de pagar uma multa. Era colocado na prisão e nela devia permanecer por um tempo não fixado previamente (FOUCAULT, 2002, p. 98).

Portanto, observa-se que o panoptismo estar imerso na sociedade atual. O referido sistema é muito empregado em escolas na realidade social deste momento: os professores sempre no centro da sala de aula conseguem controlar, vigiar e corrigir os alunos quando atuam com condutas fora dos padrões estabelecidos por normas éticas.

Diante de todo o exposto, nota-se que as formas de buscar a verdade estão intrinsecamente interligadas ao poder, principalmente ao poder político. Desde a análise das tragédias gregas até panoptismo tem-se que o poder político influencia na busca pela verdade. Retratando sobre o inquérito, Foucault afirma:

Não creio, no entanto, que o procedimento de inquérito seja simplesmente o resultado de uma espécie de progresso da racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciais que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política que tornou não só possível, mas necessário a utilização desse procedimento no domínio jurídico (FOUCAULT, 2002, p.72).

Não se pode conceber análises jurídicas em dissonância com a sociedade, logo porque a sociedade evolui e suas transformações refletem no Direito. Todavia, é importante ressaltar que o Direito não evolui uniformemente com a sociedade, como demonstrado, cada forma de buscar a verdade jurídica passou-se por estágios, desde as influências místicas à visões de vigilância, controle e correção aplicadas pelo panoptismo.

Portanto, as novas formas jurídicas emergem como fruto de uma sociedade sempre em busca da verdade real dos fatos a fim de trazer mais “justiça” às decisões.

1.6 A APLICABILIDADE DA VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

O Processo Civil adota o princípio da verdade formal, no qual o magistrado

exerce uma postura estática e a produção de provas é exclusiva das partes, devendo o juiz somente julgar limitado com o lastro probatório presente nos autos.

Da mesma maneira entende Capez (2014, p.69) quando explica o princípio da verdade real: “Esse princípio é próprio do processo penal, já que no cível o juiz deve conformar-se com a verdade trazida aos autos pelas partes, embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas (vide art. 130 do CPC)”, ou seja, em que pese prevalecer o princípio da verdade formal no âmbito cível por se tratar de direito disponível, excepcionalmente pode o magistrado também utilizar-se de técnicas inerentes à verdade material.

Conforme preleciona Tourinho Filho

E certo que, no Processo Civil, o Juiz, também, não é um mero espectador inerte da produção de provas. Pela leitura do art.130 do CPC chega-se, com facilidade, a essa conclusão. Ninguém duvida. Entretanto, porque o conteúdo da relação jurídico-material que informa a *res in judicio deducta*, em regra, versa sobre interesse disponível, muitas vezes se transige com a verdade real. Excepcionalmente o Juiz não penal procura, realmente, investigar a verdade material.

No Processo Penal, cremos, o fenômeno é inverso: excepcionalmente, o Juiz penal se curva a verdade formal, não dispondo de meios para assegurar o império da verdade (TOURINHO FILHO, 2012, p. 59).

Em contrapartida, o Processo Penal tem a finalidade de buscar pela verdade, ou seja, não basta o lastro probatório apresentado pelas partes, dever-se-á o magistrado, tomar diligências para a produção de provas com escopo de sanar as incertezas presentes nos autos e atingir desta maneira, o mais próximo possível de uma verdade absoluta dos fatos.

Nucci (2014, p. 80) afirma que “o princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.” Ratifica esta ideia Tourinho Filho quando afirma que

De fato, enquanto o Juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal, tal qual está no nosso ordenamento, o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa a justiça (TOURINHO FILHO, 2012, p. 59).

Cabe ao Estado proporcionar modos eficazes para perseguir a verdade no processo e devido ao desenvolvimento da sociedade, cumpre o necessário surgimento de novas técnicas para que se possa exprimir no processo tal verdade

substancial.

A busca pela verdade possui embasamento legal no art. 156⁶ do Código de Processo Penal que atribui ao juiz poderes de ordenar e determinar *ex officio* a produção probatória.

A função punitiva do Estado, preleciona Fenech, só pode fazer-se valer em face daquele que, realmente, tenha cometido uma infração; portanto o Processo Penal deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença (TOURINHO FILHO, 2012, p. 58).

Do mesmo modo, Malatesta afirma que no âmbito penal a verdade procurada é a

verdade objetiva, por isso que é essa unicamente, que entrando, por meio da prova, em relação com o espírito do julgador, pode gerar legitimamente, nele, a convicção racional da criminalidade. Ao chamarmos objetiva esta verdade, já com isso determinamos a sua natureza: não se trata de uma verdade formal, qual a que resulta do estado das provas, quer sejam suficientes, quer insuficientes, mas de uma verdade substancial, extra subjetiva, a cuja verificação se chega por meio de provas suficientes (MALATESTA, 1927, p. 107).

Diante do exposto, conclui-se que no processo penal não basta mera suspeita e nem mesmo indícios de autoria e materialidade delitiva apresentada pelas partes para se consubstanciar uma sentença penal condenatória, devendo, inclusive, o magistrado diligenciar com todos meios existentes/cabíveis para atingir o mais próximo possível da realidade fática, convencendo-se, portanto, da existência ou inexistência do crime.

Conforme o exposto Malatesta (1927, p.108), no âmbito criminal não se pode condenar enquanto não estiver o juiz dotado de plena certeza da criminalidade, visto que em matéria criminal não são admitidos equívocos, não se valendo, portanto, de probabilidades/possibilidades para fundamentar uma sentença condenatória.

Entretanto, a busca pela verdade possui limites, já que não se pode ferir garantias e direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal e no próprio Código de Processo Penal, para atingi-la, não sendo, portanto, uma norma de aplicação absoluta.

⁶ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para

2 DAS PROVAS NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL PENAL

Assim, cumpre esclarecer e ratificar que as formas jurídicas de buscar a verdade real estão intrinsecamente ligadas ao desenvolvimento da sociedade. Como demonstrado no capítulo anterior, as provas são emergentes devido à necessidade em organizar a sociedade e resolver os conflitos sociais.

Foucault (2002) demonstrou que de cada momento histórico adveio uma forma jurídica diversa de buscar a verdade real e a adaptou ao momento vivenciado pela sociedade, conforme será exposto a seguir:

Na antiguidade a prova testemunhal surgiu em uma sociedade que era simplesmente balizada na confiança existente entre as pessoas e entre estas e os deuses. As profecias se tornaram insuficientes para o descobrimento da verdade real, se fazendo necessário, portanto, a reprodução dos fatos por meio de pessoas que teriam observados e atestassem o que realmente ocorreu (FOUCAULT, 2002).

Já na Idade Média, levando em consideração que os bárbaros germânicos se consagraram pelo instinto de guerra, o direito penal aplicado, neste período, tinha base na vingança privada, isto é, o direito apenas regulamentava o duelo entre a vítima e o causador do dano. Desta forma, foram criadas algumas provas que não buscavam a verdade real, apenas, demonstravam quem seria o vencedor do processo (FOUCAULT, 2002).

Foi diante do desenvolvimento econômico ocasionado pela comercialização das mercadorias e da necessidade do monarca em concentrar o poder, regulamentando as transações realizadas entre os indivíduos, que surgiu a premência em abarcar para si o direito, visto que se continuasse ideia de vingança privada, o monarca poderia, conseqüentemente, perder vários processos (FOUCAULT, 2002).

Passa-se, portanto, de um processo eminentemente privatista em que vinculava, apenas, a vítima e o causador do dano, para uma visão publicista em que um terceiro, representante do Estado, irá prolatar uma decisão com o escopo de pacificar a sociedade (FOUCAULT, 2002).

Para concretizar este novo modelo, era indispensável a criação de uma nova forma de buscar a verdade real a fim de que a realidade seja reconstruída com maior

eficácia possível perante o representante estatal. Assim surgiu o inquérito, em que era realizado em um procedimento administrativo com o afã de apurar a conduta delituosa, balizada em fatos outrora praticados, realizando investigações para tal fim (FOUCAULT, 2002).

Por fim, Foucault (2002) entende que na Idade Contemporânea deve-se aplicar a teoria do panoptismo, ou seja, para evitar o cometimento de delitos, o Estado tem o dever-poder de controlar, vigiar e corrigir os indivíduos. Diferentemente do inquérito, o poder estatal deve agir no presente, passado e futuro e não se atrelar, somente, a reprodução dos fatos. Trata-se de um exame que o Estado deve realizar nos indivíduos que pertencem a sociedade, para que sendo estes vigiados, possam ser também controlados e devidamente corrigidos os comportamentos que estiverem fora dos padrões sociais, inibindo, assim, a ocorrência da prática delitiva.

Sendo assim, para uma melhor compreensão da problemática em epígrafe, é imperioso examinar a teoria geral das provas.

2.1 A TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

É indiscutível a importância das provas no Processo Penal, visto que elas visam demonstrar a ocorrência dos fatos com o escopo de concretizar o convencimento do Estado-Juiz acerca existência ou inexistência de um delito.

Segundo Lopes Júnior,

É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 390).

Nas palavras de Távora e Alencar (2013), a prova tem a finalidade de demonstrar a verdade das alegações, contribuindo, desta forma, na busca do convencimento do magistrado.

Destarte, cumpre mencionar a definição de provas realizada por Capez

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação (CAPEZ, 2014, p. 278).

Reforçando os ensinamentos de Capez, Lima (2014, p. 549) define prova como “a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”.

Observa-se que as provas buscam apresentar no decorrer de um processo a verdade material, ou seja, deve-se reconstruir, por meio das provas, os fatos. Malgrado, a reconstrução da verdade real no processo se transpõe em uma missão quase impossível.

Assim entende Grecco, afirmando que

No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado (GRECCO, 2012, p. 159).

Tendo em vista as dificuldades iminentes na reprodução da autoria e da materialidade delitiva, no Processo não se busca uma verdade absoluta, visto que, na maioria dos casos, é impossível. Sendo assim, deve-se demonstrar uma verdade que tenha o poder de persuadir o magistrado acerca da inexistência ou existência do delito. Assim dispõe Pacelli

ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal (PACELLI, 2014, p. 328).

Do mesmo modo, Távora e Alencar (2013, p. 388) aduz que as provas buscam “o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos”.

Vê-se que as provas, indubitavelmente, tentam reproduzir os fatos outrora praticados, todavia por ser árdua a missão, torna-se praticamente impossível tal tarefa. Assim, deve-se chegar o mais próximo possível da realidade a fim de atingir o convencimento do Estado-Juiz acerca do cometimento do crime.

Taruffo (apud Lopes Júnior, 2014, p. 391) conclui

além da função persuasiva em relação ao julgador, as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade” dos fatos, porque é útil que os cidadãos assim o pensem, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida, é que precisamos reforçar essa crença.

Não há de se olvidar que a crença mencionada por Tarufo é direcionada ao Estado-Juiz, que mediante o seu livre convencimento motivado⁷ deverá ao fim do processo prolatar uma sentença condenando ou absolvendo o réu. Conforme descreve o art. 155 do Código de Processo Penal, o magistrado deve formar sua convicção mediante a livre apreciação das provas produzidas nos autos.

É diante disto, que emerge a obrigação estatal de reproduzir as circunstâncias fáticas e gerenciar as formas de aquisição da verdade, já que é detentor do *jus puniendi*, ou seja, se tem para si o poder de punir, logo deverá exercê-lo a fim de pacificar a sociedade.

Igualmente lecionar Pacelli, *in verbis*:

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido (PACELLI, 2014, p.328).

Se o Estado, por meio do Ministério Público (titular da ação penal pública) e do Poder Judiciário (detentor da jurisdição), tem o ônus de solucionar os conflitos emergentes da sociedade, logo ao Estado cumpre a missão de buscar e demonstrar

⁷ Para a análise das provas, há no processo penal brasileiro, três sistemas, sendo que, pela dicção do art. 155 do Código de Processo Penal bem como do art. 93, IX da Constituição Federal de 1988 (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”), o Processo Penal Brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado. Nucci (2014, p. 287) assim descreve acerca dos três sistemas de avaliação das provas: “São basicamente três sistemas: a) livre convicção, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Era a época em que se considerava nula a força probatória de um único testemunho (*unus testis, nullus testis* ou *testis unus, testis nullus*). Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v. g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato”.

por meio de provas a verdade substancial. Ora, se o Estado é detentor do poder, ele deve solucionar as mazelas desenvolvidas na sociedade, assim entendem Grinover, Dinamarco e Cintra, *in verbis*:

E hoje, prevalecendo as ideias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados dos sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça (GRINOVER; DINAMARCO; CINTRA, 2011, p. 31).

Nota-se que o Estado tem o dever de buscar modos eficazes de atingir o bem-comum, sendo necessário desenvolver métodos de concretização para melhor aliar o convencimento do Estado-Juiz para uma decisão justa.

Levando em consideração que as provas têm o condão de formar o convencimento do Estado-Juiz, tem-se que o seu objeto está adstrito a circunstâncias fáticas que possam influenciar na decisão. Capez assevera que o objeto da prova é

toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juízo. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual (CAPEZ, 2014, p.278).

Já Lima (2014, p.559), dispõe que o objeto da prova é “a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial”.

Em suma, a prova tem estrita relação na reprodução dos fatos com o objetivo de convencer o Estado-Juiz para que este realize sua atividade peculiar, mesmo que esses fatos não sejam absolutamente verdadeiros, face a inviabilidade material e lógica de reproduzir a verdade real. O objeto da prova consubstancia-se exatamente em dirimir as dúvidas referentes ao litígio em foco, já que não havendo incertezas, pressupõe que o magistrado está convencido da (in)ocorrência dos fatos.

Por fim, as provas devem ser produzidas em consonância com as garantias individuais e direitos previstos na Constituição Federal, pois a produção probatória tem limites.

Ainda, é importante salientar que de acordo com o art. 155 do Código de Processo Penal (“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”), as provas podem ser colhidas tanto na fase pré-processual (inquérito) quanto na fase processual. Contudo, o magistrado não pode fundamentar sentença condenatória, apenas e tão somente, em dados colhidos no inquérito policial, visto que se infere que nesta fase não há a efetivação do princípio do contraditório.

Como bem assevera Nucci (2014, p.332) “O julgador jamais pôde basear sua sentença, em especial condenatória, em elementos colhidos *unicamente* do inquérito policial.” Dessa forma, é inadmissível o magistrado fundamentar sua decisão, apenas, com base nos materiais coletados na fase inquisitiva.

Távora e Alencar retratando acerca da valoração da prova no inquérito policial, dispõe que

o inquérito policial tem valor probatório relativo, pois carece de confirmação por outros elementos colhidos durante a instrução processual. O inquérito, já sabemos, objetiva angariar subsídios para contribuir na formação da opinião delitiva do titular da ação penal, não havendo, nessa fase, contraditório ou ampla defesa. Não pode o magistrado condenar o réu com base tão somente em elementos colhidos durante o inquérito. É essencial que a instrução probatória em juízo, regida pelo contraditório e pela ampla defesa, oportunize colher elementos convincentes e robustos a fundamentar um decreto condenatório (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 111).

Pelas lições de Távora e Alencar (2013), observa-se que os elementos colhidos na fase pré-processual têm valoração limitada, já que não podem unicamente fundamentar uma sentença condenatória, visto que seu objetivo primordial é fornecer dados para que o Ministério Público se convença em propor a respectiva denúncia. Como bem mencionado, não pode unicamente lastrear uma sentença condenatória, logo poderá contribuir em uma possível condenação.

A compreensão do que vem a ser prova e os seus objetivos é extremamente necessário para dicção do presente estudo, pois a verdade é demonstrada no processo por meio das provas.

Neste contexto, que reside a importância de se encontrar novas formas jurídicas para se alcançar a verdade real, já que o Estado não pode restringir as garantias e direitos constitucionais iminentes aos indivíduos pela simples alegação de que estaria contribuindo com a busca pela verdade real perfazendo justiça no processo penal.

Face ao exposto, para analisar a (in)constitucionalidade da extração compulsória de material genético como meio de identificação criminal se faz necessário o estudo acerca das provas invasivas e não invasivas, além das provas ilícitas e a utilização de DNA como meio de prova no processo penal.

2.1.1 Provas invasivas e não invasivas

A prova obtida por meio de intervenção corporal é classificada pela doutrina como invasiva e não invasiva. As provas invasivas são coletadas por intermédio da penetração no corpo humano. Já as provas não invasivas, como o próprio nome sugere, infere a não penetração no organismo humano, ou seja, é realizada por meio de exame ou verificação de matérias corporais, sem que haja intervenção corporal propriamente dita (LIMA, 2014).

Lima corrobora com esposado ao definir provas invasivas e não invasivas

- a) Provas invasivas: são as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, implicando na utilização (ou extração) de alguma parte dele ou na invasão física do corpo humano, tais como os exames de sangue, o exame ginecológico, a identificação dentária, a endoscopia (usada para localização de drogas no corpo humano) e o exame do reto;
- b) Provas não invasivas: consiste numa inspeção ou verificação corporal. São aquelas em que não há penetração no corpo humano, nem implicam a extração de parte dele, como as perícias de exames de materiais fecais, os exames de DNA realizados a partir de fios de cabelo encontrados no chão, etc (LIMA, 2014, p. 83).

Nota-se que as provas serão determinadas como invasivas ou não invasivas de acordo com os métodos e técnicas utilizadas.

No que tange as provas não invasivas, é pacífico na jurisprudência e na doutrina a sua utilização mesmo sem o consentimento do acusado. Lima assim dispõe

Em se tratando de prova não invasiva (inspeções ou verificações corporais), que o agente não concorde com a produção da prova, esta poderá ser realizada normalmente, desde que não implique na colaboração ativa por parte do acusado. Além disso, caso as células corporais necessárias para

realizar um exame pericial sejam encontradas no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos, etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos, poderão ser recolhidos normalmente, utilizando os meios normais de investigação preliminar (busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal) (LIMA, 2014, p. 84).

Ora, as provas não invasivas *a priori* não implicam na colaboração do acusado para a sua produção, visto que será realizada, apenas, por meio de inspeções, exames e coletas de materiais descartados, desta forma, não há que se falar em violação da garantia da não autoincriminação. Como mencionado alhures, as provas não invasivas não afetam nenhum dos direitos emanados da garantia da não autoincriminação.

Do mesmo modo entende Pacelli (2014) afirmando que serão consideradas lícitas as provas, desde que elas tenham sido pelo suposto acusado

a) [...]dispensados voluntariamente de seu domínio (cigarros, por exemplo);
b) embora involuntariamente, caso de um acidente ou no curso de quaisquer ações criminosas, estejam ao alcance de terceiros e fora da disponibilidade do agente (sangue e/ou material para exame de DNA), desde que, evidentemente, a sua utilização (das substâncias orgânicas) não cause nem possa causar qualquer tipo de dano à integridade física, psíquica ou à dignidade do suspeito/indiciado/acusado (PACELLI, 2014, p. 392).

Na mesma linha, Lopes Júnior aponta que

Não existe problema quando as células corporais necessárias para realizar, v.g., uma investigação genética encontram-se no próprio lugar dos fatos (mostras de sangue, cabelos, pelos etc.), no corpo ou vestes da vítima ou em outros objetos. Nesses casos, poderão ser recolhidas normalmente, utilizando os normais instrumentos jurídicos da investigação preliminar, como a busca e/ou apreensão domiciliar ou pessoal. Como aponta GÖSSEL, a obtenção de células corporais na roupa do suspeito (camisa manchada de sangue, com cabelos ou a roupa interior com células de sêmen etc.) ou na sua casa, por exemplo, nas vestes, mesmo que não utilizadas no momento do delito, roupa de cama ou outros objetos de sua propriedade poderão ser obtidos sem problemas, utilizando a busca e/ou apreensão previstas no art. 240 e seguintes do CPP (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 454).

Cumprе esclarecer que para o presente estudo, se compreenderá as buscas pessoais como subespécie das provas não invasivas, já que as inspeções e exames no corpo do acusado, muitas vezes são realizadas por intermédio da busca pessoal, *data vênia* (com o devido respeito) ao entendimento demonstrado por Lima⁸ que as diferencia.

⁸ “Essas provas não invasivas não se confundem com a busca pessoal. Naquelas, o objetivo precípua é o exame do corpo; nesta, o objetivo é a localização de algo que se esteja ocultando junto ao corpo. A busca pessoal, que tem natureza preventiva, não pode ser considerada espécie de intervenção corporal porque compreende atuação externa sobre o corpo e sobre as roupas e objetos que o

Passa-se a analisar o que vem a ser DNA e a sua importância na elucidação dos crimes, principalmente no que diz respeito ao descobrimento da autoria delitiva.

2.1.2 O DNA como meio de prova no processo penal

O processo penal encontra-se em uma constante “metamorfose” com o objetivo máximo de encontrar a verdade real e consequentemente perfazer justiça nas decisões prolatadas neste âmbito. Foucault (2002) apresentou essa incessante busca pela verdade real em diversos momentos históricos, demonstrando que a evolução da sociedade encontra-se interligada com a busca pela verdade real, e, deste modo, cada “estágio” vivenciado pelo homem foi determinante para o surgimento de um método diverso de se alcançar a verdade no processo penal.

É neste contexto que emerge a importância do DNA no processo penal, visto que os exames realizados por meio de DNA apresentam a maior fidedignidade.

Portanto, se faz necessário entender o que vem a ser DNA, pois a sua análise é essencial ao presente estudo, já que pode contribuir expressivamente na elucidação de uma prática delituosa.

2.1.2.1 DNA

O DNA, expressão abreviada de ácido desoxirribonucleico, é o meio, atualmente, mais confiável de se chegar a verdade real buscada, já que se trata de um “identificador” natural de todos os seres vivos (NICOLITT; WEHRS, 2014).

Grecco, Douglas, Ancillotti, Calhau e Krymchantowski descrevem o significado de DNA da seguinte maneira:

O DNA ou ácido desoxirribonucleico é a assinatura genética dos seres vivos. Dentro de cada célula há material nuclear que pode ser do tipo DNA ou RNA (seres vivos mais rudimentares, como vírus ou bactérias) e cada ser vivo possui uma sequência de genes que compõe o seu DNA diferenciado e específico para os organismos mais complexos, como o homem (GRECCO; DOUGLAS; ANCILLOTTI; CALHAU; KRYMCHANTOWSKI, 2010, p. 21).

Vê-se que o DNA está presente em todos os seres humanos, visto que, conforme acima demonstrado, é localizado dentro das células⁹, que por sua vez,

indivíduo traz consigo” (LIMA, 2014, p. 84).

⁹ “Toda matéria viva é constituída de pequenas estruturas, denominadas de células. Essas estruturas, que representam a menor unidade de vida, são bastantes complexas e diversas e são nelas que

constituem o próprio corpo humano.

2.1.2.2 A valoração do exame realizado por meio da coleta de DNA

O exame de DNA apresenta uma imensa confiabilidade, sendo, atualmente, o método mais eficaz para demonstrar a verdade buscada.

Nicolitt e Wehrs corroboram com o esposado da seguinte forma:

A esta sede de verdade, as análises de DNA conjoinam-se como luva e mão. É possível dizer sem dúvida que as provas genéticas, em termos de identificação, são as mais seguras que se tem conhecimento. Trata-se de um sistema de identificação muito positivo e que, embora seja uma prova estática, as probabilidades que sustentam as conclusões são tão altas que se equivalem à certeza (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 43).

Do mesmo modo, Jeffreys (apud Croce, 2012, p. 1373) afirma que “a probabilidade de indivíduos que não são parentes terem a mesma ‘impressão digital do DNA’ é de apenas um para cinco quatrilhões, ou seja, praticamente zero; para irmãos, essa qualidade de provável é de um para cem milhões”. Deste modo, tem-se que a possibilidade do resultado ser fidedigno com a verdade é gritante, todavia há a possibilidade de ocorrer equívocos, mesmo que remotamente.

Ainda, cumpre mencionar o posicionamento de Grecco, Douglas, Ancillotti, Calhau e Krymchantowski

Só há uma única possibilidade de o DNA ser igual em duas pessoas, qual seja quando estas são irmãs gêmeas do mesmo ovo ou zigoto (gêmeos univitelinos). Quando se aventa o aspecto paternidade, pode-se ter certeza se um organismo humano é filho(a) biológico(a) de outro se se parte (metade) de seus cromossomos tem DNA da parte investigada (GRECCO; DOUGLAS; ANCILLOTTI; CALHAU; KRYMCHANTOWSKI, 2010, p. 21).

Nota-se que em se tratando de irmãos gêmeos univitelinos, o DNA de um será igual ao do outro.

Por mais este motivo, em que pese a imensa confiabilidade que há circunscrita neste exame, considerando que em direito criminal a verdade real deve prevalecer, mesmo que seja coletado materiais genéticos de um suposto agente do delito, devem estes serem confrontados com as demais provas colhidas no

estão contidas as características morfológicas e fisiológicas dos organismos vivos. Portanto, as propriedades de um dado organismo dependem de suas células individuais, cuja continuidade ocorre através de seu material genético. A forma mais simples de vida acontece em células solitárias, que se propagam por divisão celular. Organismos superiores, tais como o próprio homem, são constituídos de agregados celulares que desempenham funções especializadas.” (ZAHA; FERREIRA;

transcorrer da persecução criminal com o objetivo de se alcançar o mais próximo possível de uma verdade absoluta e, assim, perfazer justiça.

2.1.3 Provas Ilícitas

Reside no processo penal o princípio da liberdade probatória, que tem o condão de demonstrar que o rol de provas descrita no Código de Processo Penal é exemplificativo, isto é, há a possibilidade de exercer a comprovação de um fato por qualquer meio de prova, mesmo que não esteja prescrito no Código de Processo Penal.

O Código de Processo Penal em seu art. 155 dispõe a dicção de que adotou o princípio da liberdade da produção probatória ao afirmar que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

Segundo Rangel (2011, p. 413) os “meios de provas são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”.

Assim, para se alcançar a verdade real pode ser utilizado qualquer meio para atingi-la, já que, de acordo com o princípio supracitado, o Código de Processo Penal, apenas, descreve exemplificativamente o rol dos meios de provas.

Nesse sentido Távora e Alencar afirmam que

A busca da demonstração da verdade nos faz assumir uma vertente libertária na produção probatória. O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. Podemos, nesse viés, utilizar as provas nominadas, que são aquelas disciplinadas na legislação, trazidas nos arts. 158 a 250 do CPP, e também as inominadas, é dizer, aquelas ainda não normatizadas (atípicas) (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 391).

Nota-se que a busca pela verdade real culmina o princípio da liberdade probatória, podendo ser utilizado provas nominadas e inominadas sempre com o afã de perfazer justiça nas decisões prolatadas pelo magistrado.

Todavia, é importante ressaltar que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sendo limitado pela inadmissibilidade da produção de provas ilícitas. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LVI informa que “são inadmissíveis, no

processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, do mesmo modo, o Código de Processo Penal no art. 157 expõe “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Destarte, de acordo com os artigos mencionados, tem-se que para a admissibilidade da prova no processo penal é necessário que ela seja obtida lícitamente, ou seja, respeitando todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Távora e Alencar argumentando sobre temática, expõe

Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 392).

Nota-se que o Estado tem a missão de alcançar a verdade real, malgrado não pode suprimir as garantias e direitos constitucionais assegurados aos acusados. Sendo assim, qualquer ofensa a estas, deve configurar a ilicitude da prova produzida.

Rangel (2011, p.420) corrobora com esposado afirmando que “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.

É importante mencionar a ressalva realizada por Pacelli (2014, p. 346) “na realidade, a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova.”

Deste modo, a inadmissibilidade da prova ilícita circunscreve não só o meio utilizado, mais também o resultado obtido pela sua utilização, devendo, o juiz analisar se o resultado da prova viola ou não as garantias e direitos fundamentais (PACELLI, 2014).

Ainda, o art. 157, § 3º do Código de Processo Penal informa que “preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente”, ou seja, considerando inadmissível a prova ilícita, esta deve ser desentranhada e

considerada inútil por meio de decisão judicial.

Nesse diapasão, em que pese a Constituição Federal de 1988 não realizar qualquer diferenciação, cumpre esclarecer a distinção realizada pela doutrina que desmembra as provas proibidas/ilegais em provas ilícitas e ilegítimas.

Enquanto que as provas ilícitas estão circunscritas a violação das normas materiais, as provas ilegítimas afetam diretamente as regras processuais. Capez assim expõe acerca da classificação em epígrafe

Prova ilegítima. Quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Assim, será considerada prova ilegítima: o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no art. 479, caput (CPP); o depoimento prestado com violação à regra proibitiva do art. 207 (CPP) (sigilo profissional) etc. [...]

Prova ilícita. Quando a prova for vedada, em virtude de ter sido produzida com afronta a normas de direito material, será chamada de ilícita. Desse modo, serão ilícitas todas as provas produzidas mediante a prática de crime ou contravenção, as que violem normas de Direito Civil, Comercial ou Administrativo, bem como aquelas que afrontem princípios constitucionais (CAPEZ, 2014, p. 280).

Lopes Júnior (2014) argumentando sobre os reflexos desta classificação, aponta que as provas ilegítimas, diferentemente das provas ilícitas, sequer entram no processo, caso sejam estas admitidas devem ser automaticamente desentranhadas por violarem as normas processuais atinentes a sua produção.

Ainda, segundo o mesmo autor, a classificação é primordial, especialmente, no que concerne a sua repetição, porque

as provas ilícitas (inadmissíveis no processo, portanto) não são passíveis de repetição, pois o vício vincula-se ao momento em que foi obtida (exterior ao processo). Assim, não havendo possibilidade de repetição, devem as provas ilícitas ser desentranhadas dos autos e destruídas.

Noutra dimensão, as provas ilegítimas, em que o vício se dá na dimensão processual (de ingresso ou produção), há a possibilidade de repetição do ato. Nesse caso, o que foi feito com defeito pode ser refeito e, portanto, validado pela repetição (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 428).

Deste modo, será analisado a seguir as teorias acerca da (in)admissibilidade da utilização das provas ilícitas. Lopes Júnior (2014) enumera cinco teorias circunscritas a este tema, quais sejam: admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade pro reo, admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade), inadmissibilidade absoluta, admissibilidade processual da prova ilícita e prova ilícita por derivação.

2.1.3.1 Prova ilícita por derivação

Caso as provas imersas no processo sejam consideradas ilícitas e inaceitáveis deve-se averiguar os seus efeitos em relação a outras provas e decisões que as tiveram como base de sustentação, pois conforme prescreve o art. 157, § 1º do Código de Processo Penal serão “inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas”, ou seja, as provas resultantes das ilícitas também serão consideradas ilícitas.

Neste sentido Nucci expõe

É o que se denomina de “frutos da árvore envenenada” ou “efeito à distância”, originário do preceito bíblico de que a “árvore envenenada não pode dar bons frutos”. Assim, quando uma prova for produzida por mecanismos ilícitos, tal como a escuta ilegalmente realizada, não se pode aceitar as provas que daí advenham. Imagine-se que, graças à escuta ilegal efetivada, a polícia consiga obter dados para a localização da coisa furtada. Conseguindo um mandado, invade o lugar e apreende o material. A apreensão está eivada do veneno gerado pela prova primária, isto é, a escuta indevidamente operada. Se for aceita como lícita a segunda prova, somente porque houve a expedição de mandado de busca por juiz de direito, em última análise, estar-se-ia compactuando com o ilícito, pois se termina por validar a conduta ilegal da autoridade policial (NUCCI, 2014, p. 345).

Aceitar provas “lícitas” oriundas de provas ilícitas é transpor a arbitrariedade estatal mediante a violação de garantias e direitos constitucionais. Portanto, as provas contaminadas também são consideradas ilícitas.

Diante disto, é importante salientar que há exceções legais (art. 157, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal) impostas a aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada, *in verbis*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (BRASIL, online).

Nucci (2014) interpretando o art. 157, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, conclui que dele advém duas exceções a teoria dos frutos da árvore envenenada, quais sejam:

a) inexistência de nexo causal entre a prova ilícita e a prova acoimada de derivada da primeira. É possível que determinada prova seja apontada por qualquer das partes como derivada de outra, considerada ilícita. Entretanto, feita uma verificação detalhada, observa-se que não existe nexo de causa e efeito entre elas. Por isso, não se pode desentranhar a denominada prova derivada.

b) prova separada (ou fonte independente): significa que a prova obtida aparenta ser derivada de outra, reputada ilícita, porém, em melhor e mais detida análise, deduz-se que ela seria conseguida de qualquer jeito, independentemente da produção da referida prova ilícita. Deve ser validada (NUCCI, 2014, p. 347).

Vê-se, portanto, que a prova derivada da ilícita será admitida quando: não tiver qualquer vínculo com a prova ilícita e impreterivelmente haja um método alternativo de se buscar a verdade com o mesmo resultado obtido mediante a utilização da prova derivada da ilícita, mesmo que para tanto deva ser utilizado método mais dificultoso.

2.1.3.2 *Admissibilidade da prova ilícita a partir da proporcionalidade pro reo*

Corolário do princípio *in dubio pro reo*, a presente teoria admite a utilização das provas ilícitas, mediante a análise do princípio da proporcionalidade, em favor do réu, pois o processo penal deve zelar pela efetivação máxima do *status* de inocência do acusado.

Tratando sobre o tema, Távora e Alencar afirmam que

a prova ilícita poderia ser utilizada em favor da inocência, de sorte a evitar-se uma limitação na utilização de prova que, mesmo produzida ao arrepio da lei, cumpra o papel de inibir condenação descabida. Deve-se avaliar, portanto, a sua real utilidade para a persecução penal e o grau de contribuição para revelar a inocência, além do bem jurídico violado para a obtenção da prova. O balanceamento deve ser checado não só na conclusão solar que a proibição da prova ilícita não deve prosperar diante de uma possível condenação injusta, mas também nos meios utilizados para obtenção desta prova, e o prejuízo provocado por eles. Havendo desproporção, a prova não deve ser utilizada. Ademais, a prova ilícita utilizada para demonstrar a inocência, amparada pela proporcionalidade, não pode servir para prejudicar terceiros. Os efeitos são limitados à obtenção da inocência, não cabendo a utilização desta prova para demonstrar a culpa de outrem, no mesmo ou em outro processo, pois seria verdadeira proporcionalidade às avessas (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 401).

Conclui-se que a prova ilícita pode ser utilizada pelo réu para conservar seu estado de inocência, entretanto deve ser avaliado o meio de obtenção bem como o eventual prejuízo advindo de sua utilização para que, em sendo proporcional, isto é, transcorrendo os três aspectos da proporcionalidade (meio adequado, necessário e

a realização da proporcionalidade em sentido estrito), possa a prova ser devidamente utilizada a fim de perfazer justiça.

Ainda, como bem demonstrado por Távora e Alencar (2013), não se pode basear uma condenação de terceiro por meio de uma prova ilícita utilizada para obtenção de inocência do acusado. Lopes Júnior corrobora com a argumentação ao afirmar que

Não existe uma convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos, senão que apenas é admitida em um determinado processo (em que o réu que a obteve atua ao abrigo do estado de necessidade). Ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era “terceiro” no processo originário, mas assume agora a posição de réu) (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 431).

Ora, é poder-dever do Estado, por meio de seu órgão acusador, proporcionar meios que viabilizem a efetivação do *jus puniend* sem que seja ofendido qualquer direito ou garantia fundamental.

Por fim, cumpre informar que a presente teoria é devidamente aplicada pelos tribunais, todavia deve ser estritamente analisado o caso em concreto, havendo, inclusive, sua aplicação sem sequer averiguar a proporcionalidade, visto que o réu na perseguição de sua inocência poderá agir amparado pelas causas excludentes da antijuridicidade, o que excluiria, conseqüentemente, a ilicitude da prova em relação ao caso em concreto.

2.1.3.3 *Inadmissibilidade absoluta*

A teoria informa, mediante uma interpretação atrelada ao texto legal constitucional, que jamais será utilizada qualquer prova ilícita. (LOPES JÚNIOR, 2014).

Esta é a teoria mais radial e que possui amparo jurisprudencial, mesmo que de forma tímida, visto que, como é sabido as regras e princípios oriundos das garantias e direitos constitucionais não apresentam caráter absolutos, devendo, portanto, serem interpretados de acordo com o caso em concreto. (LOPES JÚNIOR, 2014).

2.1.3.4 *Admissibilidade processual da prova ilícita*

Para esta teoria, a prova ilícita pode ser utilizada no processo, sem quaisquer problemas, todavia, aquele que a utilizar, responderá em outro processo por ter afrontado as normas de direito material (LOPES JÚNIOR, 2014).

A jurisprudência atual não adota a presente teoria.

2.1.3.5 *Admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade*

Para esta teoria, deverá ser analisado, em cada caso em concreto, o princípio da proporcionalidade (averiguando o trinômio adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) a fim de admitir a utilização da prova ilícita, sendo ela favorável ao réu ou a sociedade, no processo penal, mas, apenas, em *ultima ratio*.

Capez retratando sobre a teoria, afirma que

De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça (CAPEZ, 2014, p. 282).

Desta teoria como acima esposado, emanam duas, uma favorável ao réu (vide tópico 2.1.3.2) e outra favorável a sociedade.

A aplicação da teoria em prol da sociedade, geralmente, é justificada em casos excepcionalíssimos sob a alegação de que é o único meio viável para proteger valores fundamentais da sociedade, sufragando aqui, prevalência do interesse público sobre o privado¹⁰.

¹⁰A prevalência do interesse público sobre o privado é fundamental para um convívio harmonioso em sociedade, pois se o Estado atuasse paritariamente com o particular, dificilmente teria condições de “garantir” a paz social. Assim entende Carvalho Filho (2015, p. 815) ao afirmar que “No direito moderno, a supremacia do interesse público sobre o privado se configura como verdadeiro postulado fundamental, pois que confere ao próprio indivíduo condições de segurança e de sobrevivência.” Do mesmo modo expõe Mello (2009, p. 69) acerca da supremacia do interesse público sobre o privado: “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do

Todavia, é ferrenha a crítica quanto a possibilidade de aplicação da presente teoria, já que o Estado tem o dever de assegurar a máxima efetividade das garantias e direitos fundamentais. Para melhor compreensão cumpre demonstrar o pensamento de Capez

De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. As medidas excepcionais de constrição de direitos não podem, assim, ser transformadas em práticas comuns de investigação (CAPEZ, 2014, p. 283).

Conclui-se que, como acima esposado, há a possibilidade de ser aplicada a presente teoria, em que pese as jurisprudências estarem direcionadas a inaplicabilidade, tem-se que excepcionalmente ela pode ser arguida, devendo, entretanto, ser devidamente analisado o caso em concreto.

Em face do exposto, passa-se a analisar o instituto atinente a problemática tratada no presente estudo, qual seja: a identificação criminal.

2.2 IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

Relacionando-se à prova no processo penal, é oportuno analisar a verdade que é buscada no processo, isso, pelo fato deste âmbito ser considerado um modo de construção do convencimento do magistrado acerca do fato delituoso, sendo necessário que as limitações imanescentes à produção probatória atinjam, tanto a construção quanto aos limites do convencimento do juiz.

Diante das evoluções no contexto social, a busca pela verdade real passou a ser considerada princípio fundamental para o processo penal (vide tópicos 1.4 e 1.5), e foi necessário que se adequassem meios para que a mesma seja atingida. Com isso, surgiu a identificação criminal, visando individualizar o indiciado para que o mesmo não seja confundido com terceiros e para garantir que será atingida a certeza da autoria do ato ilícito, sem riscos de violar o devido processo legal.

Frisa-se, a identificação criminal é uma maneira de individualização do indiciado, para que não exista a possibilidade de confundi-lo com outra pessoa na resolução do caso em concreto. Com o escopo de garantir a eficiência na fase

interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.

inquisitiva, o método foi implantado para dirimir as injustiças que eram cometidas.

A fase inquisitiva, além de buscar identificar o indivíduo que praticou determinada conduta tipificada, objetiva também chegar o mais próximo possível da verdade real do crime, ou seja, a persecução criminal não pode se basear apenas em hipóteses para penalizar o indivíduo, sendo necessária, a certeza da conduta e do autor da mesma. Logo, fica explícita a importância da identificação criminal na fase inquisitiva que está diretamente ligada à eficiência na busca pela verdade real.

Nesse diapasão, Lima (2014) expõe a importância da identificação criminal, afirmando que

Para que o Estado possa punir o autor do delito, é indispensável o conhecimento efetivo e seguro de sua correta identidade, sobretudo se considerarmos que a própria Constituição Federal prevê que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, 1º parte). De fato, ainda que não haja qualquer dúvida quanto à autoria do fato delituoso, há situações em que pode haver certa incerteza quanto à verdadeira identidade do autor do crime: afinal, durante a coleta de dados de identificação, é bastante comum que o autor do delito omita seus dados pessoais, apresente informações inexatas, mentindo, usando documento falsos, ou atribuindo-se falsa identidade (LIMA, 2014, p. 113).

Diante da importância da identificação criminal já apresentada, cabe ressaltar que a mesma fora tratada inicialmente em leis extravagantes, como a Lei de organização criminosa (lei nº 9.034/95), o Estatuto da Criança e do Adolescente, e especificamente, com a lei nº 10.054/00 que disciplinou integralmente a identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, com o advento da lei nº 12.037/09, principal enfoque deste estudo, toda legislação que tratava da identificação criminal fora revogada expressamente e/ou tacitamente (LIMA, 2014).

Neste contexto, a Constituição Federal assegura em seu art. 5º, LVIII que somente deverá ser submetido a identificação criminal os indivíduos que não forem civilmente identificados e quando identificáveis, poderá ser aplicado nas hipóteses resguardadas em lei.

A lei nº 12.037/09 regulamenta o art. 5º, LVIII da Constituição Federal dispondo sobre a identificação criminal do civilmente identificado. O art. 2º da referida lei trata da identificação civil, demonstrando quais os documentos que são admitidos para que ela seja atestada, *in verbis*:

Art. 2º A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;
 II – carteira de trabalho;
 III – carteira profissional;
 IV – passaporte;
 V – carteira de identificação funcional;
 VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado.
 Parágrafo único. Para as finalidades desta Lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares (BRASIL, online).

Já o art. 3º da lei nº 12.037/09, trata exclusivamente das hipóteses que são admitidas a identificação criminal do civilmente identificado. Quais sejam:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:
 I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
 II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
 III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
 IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
 V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
 VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.
 Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado (BRASIL, online).

Segundo dispõe o art. 5º da mesma lei, a identificação criminal circunscreve o método fotográfico e datiloscópico. Com o advento da lei nº 12.654/12 foi acrescido o parágrafo único ao art. 5º da lei nº 12.037/09, passando, portanto, a admitir a identificação criminal por meio da coleta de material biológico a fim de que seja formado um perfil genético, todavia esta possibilidade é delimitada à hipótese prevista no inciso IV do art. 3º da lei supramencionada.

Pelo exposto, tem-se que no atual ordenamento jurídico brasileiro há três modalidades de identificação criminal, quais sejam: datiloscópica, fotográfica e genética. A seguir será sucintamente explanada as duas primeiras, visto que, o presente estudo encontra guarida na terceira modalidade de identificação.

2.2.1 Identificação criminal datiloscópica e fotográfica

A identificação datiloscópica é feita a partir do desenho da digital do

indiciado, que é único em cada indivíduo acompanhando-o por toda sua vida, desde seus primeiros meses de vida (LIMA, 2014).

É utilizada devido a especificidade que garante, visto que, como já mencionado, é impossível duas pessoas possuírem digitais idênticas, inclusive, uma única pessoa não possui a mesma digital nos diferentes dedos. Porém, embora a possibilidade de individualização do indivíduo, não é um método absolutamente eficaz de identificação, uma vez que é possível facilmente criar artificialmente uma impressão digital, até mesmo pela coleta de impressões deixadas nos mais diversos locais por inúmeras pessoas (LIMA, 2014).

Já a identificação fotográfica é realizada seguindo o mesmo padrão fotográfico adotado para a cédula de identidade civil, isto é, foto frontal com tamanho 3x4 cm, de acordo com lei nº 7.116/83. Cabendo ressaltar, que é um método de identificação meramente acessório, não podendo, portanto, ser o único meio utilizado para a identificação criminal e consequente individualização do indiciado (LIMA, 2014).

2.2.2 A identificação criminal e as inovações no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 12.654/12

Com o advento da lei nº 12.654/12 surgiu a possibilidade de a identificação criminal ser realizada por meio da coleta de material genético, visto que, como já esposado, trata-se de um meio com alto grau de confiabilidade na individualização do suposto autor do delito.

Cunha demonstra os motivos ensejadores da utilização do novo método

O espírito que norteou a nova lei certamente foi o de que a identificação papiloscópica (ou mesma a fotográfica) nem sempre é certa, única e inconfundível, podendo ser modificada ou apagada por meio de cirurgia ou ação do tempo (idade). Criou-se, então, a possibilidade de a autoridade se valer da genética forense, área que trata da utilização dos conhecimentos e das técnicas de genética e de biologia molecular no auxílio à justiça (CUNHA, 2012, online).

Como acima demonstrado, a lei nº 12.654/12 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de extrair material genético para que seja realizada a identificação criminal, formando um perfil genético, consequentemente individualizando o suposto autor do delito, alterando, portanto, a lei nº 12.037/09. Deste modo, o parágrafo único do art. 5º da lei nº 12.037/09 descreve e delimita a

possibilidade de extrair material genético apenas quando "a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa" (art. 3º, IV, Lei nº 12.037/09).

O perfil genético será armazenado em um banco de dados, que terá caráter sigiloso não podendo revelar traços comportamentais do indivíduo (art. 5º-A). Além disso, é proibido que a extração do material genético ocasione constrangimento ao indivíduo (art. 4º), e a lei determina que "a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito" (art. 7-A).

Do mesmo modo, pode ser aplicado analogicamente o art. 7º da lei em estudo, que possibilita a exclusão da identificação fotográfica dos autos, quando for: a) rejeitada ou não oferecida a denúncia; b) absolvido o réu ou indiciado; c) arquivado definitivamente o inquérito e d) transitado em julgado a sentença.

Ademais, cumpre esclarecer que, conforme expõe o art. 6º da mesma lei, "é vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória". Ainda, de acordo com o § 1º, do art. 5º da lei nº 12.037/09, "as informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero".

Conforme mencionado, a extração de material biológico com o escopo de identificar criminalmente o indivíduo está limitada a hipótese prevista no art. 3, IV da lei nº 12.037/09 ("a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa"), a sua utilização é condicionada a dois requisitos, quais sejam:

Primeiramente deve ser demonstrado que a sua utilização é essencial a investigação: para que seja realizada a intervenção corporal se faz necessário que seja provado a necessidade de utilizar a medida. Lopes Junior (2014, p.457) afirma que a autoridade policial deve "demonstrar a impossibilidade de obter a prova da autoria de outro modo, constituindo a coleta de material genético a *ultima ratio* do sistema".

E por fim, deve ser determinado mediante despacho da autoridade judicial:

para ser decretada a extração de matéria genético se faz necessário autorização judicial, podendo ser decretada mediante solicitação da autoridade policial, do parquet ou da defesa, inclusive, podendo ser decretada *ex officio* (art. 3º, IV, da lei nº 12.037/09).

Destarte, o material genético poderá ser colhido voluntariamente ou coercitivamente. Se o indiciado se dispôr a fornecer o material genético, será coletado e armazenado no banco de dados. Todavia se o mesmo não aceitar a intervenção corporal, poderá ocorrer duas situações: a) a autoridade policial, segundo remansosa jurisprudência, poderá colher o material genético descartado pelo indiciado, mesmo que involuntariamente; b) a autoridade policial mediante decisão judicial poderá compulsoriamente coletar o material genético pretendido.

O Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 568 retratando que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente.” Távora e Alencar (2014) argumentando sobre a referida súmula, chegaram ao entendimento de que a recusa injustificável do indiciado o levaria a ser conduzido coercitivamente para que fosse identificado.

Lima corrobora com Távora e Alencar, afirmando que

Recusando-se o investigado a colaborar, a despeito da presença de uma das hipóteses do art. 3º da lei nº 12.037/09, é perfeitamente possível sua condução coercitiva, sem prejuízo de eventual responsabilidade criminal pelo delito de desobediência. Nesse sentido, aliás, dispõe o art. 260 do CPP que se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado – é o caso da identificação criminal – a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

Na mesma linha, consoante disposto no art. 313, parágrafo único, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/11, será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (LIMA, 2014, p. 122).

Entende-se que além da condução coercitiva e da possibilidade de decretação de prisão preventiva, pode-se, ainda, ser extraído compulsoriamente material genético do suposto autor do delito, pois estará sendo realizada tão somente a sua identificação.

Levando em consideração que a coleta de material genético será realizada após o cumprimento dos requisitos supracitados, entende-se que poderá ser realizada compulsoriamente se assim determinar o magistrado. Corrobora com entendimento Lopes Junior (2014, p. 457) ao afirmar que “a lei não diz (e nem

precisaria), mas, em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, 'à força'."

Outro argumento que se chega a esse ponto é o de que o art. 5º, LVIII da Constituição Federal de 1988 trata-se de uma norma de eficácia contida¹¹, ou seja, poderá ser restringida nos termos da lei infraconstitucional. A referida norma, foi regulamentada pela lei nº 12.037/09, possuindo, portanto, caráter especial.

É translúcida a possibilidade jurídica de se extrair compulsoriamente o material genético a fim de identificação criminal. Todavia, diante de todo o exposto no presente estudo, tal compulsoriedade é constitucional?

¹¹ Silva (1998) realizou com esplendor a classificação acerca da eficácia das normas constitucionais, circunscrevendo três categorias, quais sejam: as normas constitucionais de eficácia plena; as normas constitucionais de eficácia contida e as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Silva (1998, p. 82) as conceitua da seguinte forma: "Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias," ou seja, a eficácia das normas constitucionais, nesta categoria, pode ser restringida nos termos de uma lei futura ao preceito normativo constitucional. "As normas de terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado". Assim o nobre autor (1998, p. 83) conclui que as normas de eficácia plena ensejam "aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses objeto de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia. [...] As normas de eficácia contida também são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade".

3 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO

A constitucionalidade de uma norma é aferida a partir do momento em que a mesma condiz com os parâmetros previstos no texto constitucional bem como nos demais institutos que são basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Quando uma lei é criada, é necessário analisar se o seu conteúdo está adequado aos princípios e as garantias que estão previstos no texto constitucional, porém, quando uma lei entra em vigor e mesmo assim não está em conformidade com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário, após a temática ser levada a seu crivo, mediante o controle de constitucionalidade difuso e concentrado¹², declarar a sua inconstitucionalidade, obtendo a nulidade da lei.

Para a compreensão da temática circunscrita a (in)constitucionalidade de uma lei, faz mister, breve análise da pirâmide kelseniana, pois segundo Kelsen toda norma deve ter sua validade na Constituição (norma fundamental do ordenamento jurídico¹³ brasileiro), sendo que caso uma lei entre em confronto com as normas emanadas da mesma será considerada nula (MASSON, 2015).

Assim expõe Kelsen

Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas

¹² Masson (2015, p. 1069-1070) diferencia o controle de constitucionalidade difuso ou concreto e concentrado ou abstrato da seguinte forma: O controle difuso é aquele realizado “quando a constitucionalidade de uma norma é arguida de modo incidental, no curso de uma demanda que possui como intuito principal solucionar uma controvérsia envolvendo direitos subjetivos. [...] Neste caso, o objetivo central do processo é a defesa do direito ou interesse subjetivo da parte. Todavia, essa tutela só se efetiva depois que a questão de constitucionalidade é decidida”. Já o abstrato é “instaurado com a finalidade precípua de promover a defesa objetiva da Constituição, verificando-se a constitucionalidade do ato em tese, isto é, desvinculada de qualquer ocorrência fática, estaremos diante do controle abstrato. Não se pode, contudo, deixar-se ludibriar pela denominação que caracteriza essa modalidade de controle para se concluir que o mesmo é realizado numa análise absolutamente jurídica e completamente dissociada de qualquer elemento fático.”

¹³ Ferraz Júnior (2003, p. 197) demonstra a diferença consistente em validade, vigência, eficácia e vigor de uma lei. A primeira, “é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequentemente integração no sistema”. Já a segunda, é a “qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração”. A terceira, é a “qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica)”. Por fim, vigor que se refere a “força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia”.

pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa (KELSEN, 1999, p. 136).

Vê-se que a norma fundamental se encontra no ápice da pirâmide, devendo todas as normas conseqüentemente inferiores buscarem validade nela e, por conseguinte todas as normas imediatamente inferiores serão validadas devido a consonância com as normas hierarquicamente superiores, formando, na visão Kelsen (1999), uma estrutura escalonada da ordem jurídica, em que toda norma necessita ter como parâmetro de validade, outra norma. É relevante mencionar que o controle de constitucionalidade, primordialmente, possui base no sistema jurídico desenhado por Kelsen.

Logo, é notória a importância do conteúdo exposto no tópico Do Estado Democrático de Direito, presente no primeiro capítulo deste estudo, que apresentou as garantias e direitos constitucionais inerentes à problemática em epígrafe, que devem ser respeitados no momento da criação de uma lei, sob pena de tornar-se nula.

3.1 DIVERGÊNCIA

Como mencionado alhures, a divergência existente quanto a (in)constitucionalidade da extração de material genético, é vislumbrada quando o suposto autor do delito se negar a fornecer o DNA e quando for impossível a coleta sem qualquer intervenção em seu organismo.

Assim, diante da possibilidade de intervenção corporal sem o consentimento do autor do delito, a doutrina se dividiu, havendo, atualmente, duas correntes acerca da problemática em epígrafe.

3.1.1 Da constitucionalidade

A corrente que defende a constitucionalidade da lei, afirma, em suma, que o seu objetivo é, apenas e tão somente, individualizar o autor do delito, não ferindo, portanto, qualquer garantia ou direito constitucional.

Nesse sentido, Nucci afirma que

Não se vislumbra, pois, qualquer ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, nem ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Afinal, a identificação criminal, por esse novo método, será produzida quando indispensável para a investigação policial, com autorização judicial (art. 3.º, IV, Lei 12.037/2009), enfocando-se a individualização do investigado, desde que haja dúvida quanto à sua real identidade (NUCCI, 2014, p. 122).

Nucci (2014), apesar de ponderar que não se pode generalizar a utilização do método, entende que a lei está em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Lima coaduna com entendimento de Nucci, ao afirmar que

Como a identificação criminal não importa em aceitação de culpa, não se pode objetivar que a sua realização contra a vontade do agente viole o direito à não autoincriminação, previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art. 8º, nº 2, “g”). Afinal, a mesma Constituição Federal que assegura o direito ao silêncio também prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, *salvo nas hipóteses previstas em lei* (art. 5º, LVIII). Logo, pelo princípio da concordância prática ou da harmonização, não se pode querer emprestar valor absoluto ao direito de não produzir provas contra si mesmo, inviabilizando que o Estado possa colher as impressões digitais de alguém com a finalidade de registrar os dados da identidade física do provável autor do delito. Portanto, como se trata de um procedimento para tornar exclusiva determinada pessoa, evitando-se, assim, o indesejado erro judiciário, o ideal é concluir que o acusado não tem o direito de se recusar a colaborar com o Estado para sua individualização (LIMA, 2014, p. 122).

Nota-se que para o doutrinador, a identificação criminal do suposto autor do delito não ocasionará a aceitação de culpa, mesmo que seja submetido a identificação criminal genética, pois caberá ao Estado mediante o Ministério Público provar em uma possível ação penal que o mesmo cometeu o delito, diante do arcabouço probatório constituído na fase processual, visto que as provas colhidas na fase pré-processual apresentam valor probatório relativo. Ademais, para Lima (2014), o suposto autor do delito não pode se valer do direito de não produzir provas contra se mesmo, para não se identificar perante o Estado.

Do mesmo modo, a Comissão de Constituição e Justiça quando recebeu o projeto de lei nº 2458 de 2011, que culminou na lei nº 12.654/12, considerou o texto legal, ora discutido, constitucional.

O relator do processo que analisou o projeto de lei foi o Deputado Vicente Candido, que embasou seu posicionamento favorável à constitucionalidade do

projeto no entendimento do Juiz Federal Carlos Henrique Borlido Haddad e do diretor da Diretoria Técnico-Científica da Polícia Federal Paulo Roberto Fagundes.

Para melhor compreensão, se faz oportuno transcrever as conclusões extraídas de Haddad (apud Câmara dos Deputados, 2011, online)

A admissão do exame de DNA compulsório no processo penal brasileiro, posto que seja uma novidade em relação ao tipo de prova que disponibilizará, não representará nenhuma inovação acerca das restrições e bens jurídicos que já suporta o acusado. A pena privativa de liberdade, a prisão provisória de finalidade instrutória indireta, o monitoramento ininterrupto de diálogos, a sanção capital e a medida de segurança de caráter indeterminado são superlativamente mais lesivos do que a colheita do material orgânico, mormente em relação àquela que não possui o caráter de invasividade. É preciso apenas voltar os olhos para as provas e sanções atualmente existentes no processo penal e lembrar-se da existência de medidas de caráter restritivo para superar a cultura de intangibilidade absoluta do acusado.

[...]

A regulamentação das intervenções corporais deve ter por norte o cânone de proporcionalidade e prever a submissão obrigatória quando nenhum meio menos gravoso para o acusado revele-se eficaz no esclarecimento dos fatos. A consecução coercitiva da extração de amostras de material orgânico, ao mesmo tempo em que obsta que sejam adotadas as temerárias presunções de culpabilidade, não acrescenta nova acusação ou punição pela recusa injustificada do acusado. Ademais, o recurso às intervenções corporais compulsórias propicia maior segurança no julgamento através da apresentação de prova embasada em preceitos científicos irrefutáveis.

Nacif (apud Scriboni, 2012, online) também considera constitucional o dispositivo e dispõe que caso o suposto autor do delito recuse à autoridade a solicitação de se identificar, poderá o mesmo responder pela prática de contravenção penal, mais precisamente, a sua conduta estaria tipificada no art. 68 da Lei de Contravenções Penais (“Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência: Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”). Por fim, conclui que “a identificação da pessoa faz parte da segurança pública. Há uma confusão entre o interesse particular com o interesse público. É um direito do Estado a identificação da pessoa”.

Martin (2015, online) é a favor da constitucionalidade do dispositivo, pois assevera que o método de identificação criminal por meio da coleta de material genético se trata de um avanço incomensurável do processo penal brasileiro. Segundo ele, a lei em comento não violou qualquer dispositivo contido no texto constitucional, pois as garantias e direitos fundamentais referentes a identificação criminal podem ser restringidos nos termos da lei, em que pese serem direitos de

primeira geração que proibirem a interferência do Estado na liberdade individual, visto que o art. 5º, LVIII da Constituição Federal de 1988 se trata de uma norma de eficácia contida.

O mesmo autor (2015, online) argumenta que não há qualquer garantia e/ou direito constitucional absoluto, devendo, portanto, a aplicabilidade do dispositivo ser analisada de acordo com o caso em concreto, levando em consideração o princípio da proporcionalidade. Por fim, criticando a corrente que defende a inconstitucionalidade da lei, conclui que

Mistura-se a identificação do ser humano com abuso estatal, invasão de privacidade ou de intimidade. Ora, quem tem passaporte e pretende viajar para outros países, submete-se a um controle rígido. Todos os seus dados constam de um chip, que acompanha o passaporte. Chegando ao local, submete-se a exame datiloscópico, tira foto e ainda pode ser analisado pela íris. Não quer ser identificado? Não entra no país. Por que o temor de ser meramente identificado? Isso é humilhante? Ofende a intimidade? Identificação é individualização do ser humano. Nada mais. Inexiste liame com apuração de culpa, nem deve existir (MARTIN, 2015, online).

Pacelli (2014) considera constitucional o parágrafo único do art. 5º da lei nº 12.037/09, embasado na ideia de que o princípio da não autoincriminação é limitado em sua aplicabilidade às garantias da proteção à integridade física e psíquica, a capacidade de autodeterminação do sujeito e a dignidade da pessoa humana, não sendo viável, portanto, considerar inconstitucional certas intervenções que não apresentem risco às apresentadas garantias. Conclui que o indivíduo não poderá ser obrigado a fornecer material genético ou praticar qualquer ação que possa ser utilizado como prova prejudicando-o, quando esse se negar a sua realização. Todavia acrescenta, informando que caso o indiciado exerça o direito de negativa, consubstanciado na garantia sem justificativas razoáveis, poderá o magistrado utilizar-se de presunções para atingir um convencimento, especificadamente quando o quadro probatório apesar de existente for considerado insuficiente, *in verbis*:

Então, desde que mantida a excepcionalidade da medida, controlada pela exigência de ordem judicial fundamentada (art. 3º, IV, Lei nº 12.037/09, com redação dada pela Lei nº 12.654/12), não vemos inconstitucionalidade na exigência. Os meios de coleta deverão respeitar a proibição de ingerências abusivas e desnecessárias, conforme estipulado em Tratados Internacionais sobre a matéria.

[...]

O que se nos afigura perfeitamente possível é que o Juiz Criminal, quando diante de um quadro probatório existente, mas ainda insuficiente, possa valer-se da presunção (legal) para, diante da ausência de explicações minimamente razoáveis para a citada recusa (ao meio de prova válido), convencer-se em um ou outro sentido. Que seja até mesmo à conta de um

critério de proporcionalidade, quando se tratar de infrações de natureza grave e cuja apuração revele-se demasiadamente complexa ou de difícil acesso (PACELLI, 2014, p. 401).

Em que pese haver algumas ressalvas, para esta corrente não há qualquer inconstitucionalidade na lei nº 12.654/12, que alterou a lei nº 12.037/09, pois trata-se de uma medida excepcional que deve estar devidamente justificada, não violando nenhum direito ou garantia constitucional, visto que busca efetivar o princípio da pessoalidade da pena e da supremacia do interesse público, já que a identificação criminal é matéria de segurança pública.

3.1.2 Da inconstitucionalidade

Diferentemente da corrente acima citada, esta corrente defende a inconstitucionalidade da extração compulsória de material genético, pois os seus adeptos argumentam que há uma patente violação das garantias e direitos constitucionais que são balizares do Estado Democrático de Direito.

Lopes Junior (2014) afirma que o dispositivo em epígrafe viola expressamente a garantia da não autoincriminação (vide tópico 1.4.2.1), pois o Estado por meio dos órgãos que atuam na persecução criminal invadirá à integridade física do acusado para produzir provas compulsoriamente. Assim expôs o nobre doutrinador

No Brasil, a Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012 (entrada em vigor dia 28 de novembro de 2012), prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo mudado radicalmente a situação jurídica do sujeito passivo no processo penal, acabando com o direito de não produzir prova contra si mesmo (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 496).

O mesmo autor (2014), critica veementemente a possibilidade de extrair compulsoriamente o material genético do suposto agente do delito, questionando os requisitos que a ensejam (vide tópico 2.2.2), quais sejam: a medida dever ser essencial as investigações e ser determinado mediante despacho da autoridade judicial.

Acerca do primeiro requisito, Lopes Junior afirma que

Não se pode tolerar uma banalização da intervenção corporal, visto que representa uma grave violação da privacidade, integridade física e dignidade da pessoa humana, além de ferir de morte o direito de silêncio negativo (direito de não produzir prova contra si mesmo). Vários problemas brotam desta disciplina. Inicia por recorrer a fórmula genérica e

indeterminada de “essencial às investigações policiais”, sem sequer definir em que tipos de crimes isso seria possível (situação diversa daquela disciplinada para o apenado, em que há um rol de crimes). Dessarte, basta uma boa retórica policial e uma dose de decisionismo judicial para que os abusos ocorram. Como se não bastasse, poderá o juiz atuar de ofício, rasgando tudo o que se sabe acerca de sistema acusatório e imparcialidade. A lei não diz (e nem precisaria), mas, em caso de recusa do imputado em fornecer o material genético, poderá a autoridade fazê-lo compulsoriamente, ou seja, “à força”. A única “garantia” é o emprego de técnica “adequada e indolor”. A lei disciplina a retirada coercitiva, porque voluntariamente sempre esteve autorizada e nem precisaria de qualquer disciplina legal (integra o direito de defesa positivo). (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 457).

Já em relação ao segundo, Lopes Junior (2014) expõe que o dispositivo além de violar a privacidade, a integridade física, a dignidade da pessoa humana e o direito de não produzir provas contra si mesmo, também fere profundamente o processo acusatório instituído pelo processo penal brasileiro, *in verbis*:

Existe ainda uma grave incompatibilidade do agir de ofício do juiz neste caso, que é o requisito de “necessidade para as investigações”. Ora, se a investigação é levada a cabo pela polícia (ou Ministério Público), quem define a imprescindibilidade para a investigação é o investigador e não o juiz. Ao juiz cabe julgar, ou seja, analisar o pedido e decidir, e não tomar qualquer iniciativa investigatória ou imiscuir-se em área que lhe é completamente estranha (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 458).

Para Rangel (2014), caso a lei tenha o objetivo de coletar material genético com a finalidade de produzir provas, consequentemente, estará ferindo o direito de não produzir provas contra si mesmo. Assim expõe o doutrinador:

se ele está sendo identificado é porque já existem elementos que o apontem como possível autor do fato, logo não faz sentido ele fornecer uma prova de materialidade de um fato de algo que já se tem. Ou se não se tem, não poderá ele ser obrigado a fornecer para se autoincriminar (RANGEL, 2014, p. 173).

Em consonância com o entendimento de Lopes Junior, Rangel também entende que a lei fere o sistema acusatório, nestes termos:

há uma ofensa ao sistema acusatório no inciso IV quando se permite ao juiz decidir de ofício sobre a identificação criminal, isto é, na fase de inquérito policial o juiz irá decidir SEM QUE TENHA SIDO PROVOCADO para tal se o indiciado será ou não identificado criminalmente. Trata-se de dispositivo inconstitucional (RANGEL, 2014, p. 170).

Távora e Alencar corroboram com o esposado pelos doutrinadores acima, afirmando que

Por força da edição da Lei nº 12.654/2012, nos casos do art. 3º, IV; da Lei nº 12.037/2009 (a identificação criminal é essencial às investigações), está autorizada a coleta de “material biológico para obtenção de perfil genético”.

A inovação deve ser lida à luz do princípio da vedação à autoincriminação, de maneira que, havendo recusa do capturado ou indicado, não se poderá obrigá-lo ao fornecimento (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 124).

Cunha adverte acerca da possibilidade do juiz atuar de ofício na fase pré-processual, afirmando que

A redação do artigo não deixa dúvidas de que se trata de instrumento facultativo, cabendo ao Magistrado julgar sua necessidade diante do caso concreto, podendo agir de ofício ou mediante provocação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

A possibilidade de o juiz, ainda na fase de inquérito policial, poder agir de ofício, será, obviamente, palco de críticas, mesmo porque, ao que tudo indica, a identificação genética servirá, quase sempre, na apuração da autoria. A tendência do sistema acusatório é o magistrado ficar equidistante na fase extraprocessual, postura seguida pela Lei 12.403/11 que o proibiu de decretar preventiva na etapa da investigação (CUNHA, 2012, online).

Nicolitt e Wehrs (2014) de forma incisiva afirmam ser inconstitucional qualquer intervenção corporal não consentida, pois fere incisivamente a dignidade da pessoa humana, o princípio do *nemo tenetur* e a vedação a tortura.

Segundo os autores (2014) a dignidade da pessoa humana é violada, pois o homem não pode ser utilizado como meio de se adquirir verdade, *in verbis*:

A utilização do homem como meio de obtenção da verdade, nos autos do processo, o transforma em um objeto e traduz-se em sua instrumentalização, em sua coisificação, o que é vedado pela regra de inviolabilidade da dignidade humana.

[...]

Dessa forma, a dignidade humana é uma barreira intransponível à realização das intervenções corporais não consentidas (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 109).

A extração compulsória de material genético para fins de identificação criminal também fere o preceito fundamental da vedação a tortura, porque, conforme os autores (2014), qualquer força física exercida sobre o corpo de um indivíduo para coletar material genético equivale ao preceito de tortura, a única diferença estaria na confiabilidade na informação. Assim expõe Nicolitt e Wehrs

Ainda que não se queira tributar a extração de sangue ou saliva à qualidade de tortura, dada a insignificância desta, é indiscutível que o emprego da força física sobre o corpo para se extrair uma gota de sangue, saliva, ou um fio de cabelo, em tudo equivale ao emprego de força sobre o corpo para se extrair uma palavra, “culpado” ou “inocente”. A única diferença talvez resida na fiabilidade da palavra e das amostras biológicas para exame de DNA.

[...]

Não há dúvida de que, por meio de amostras biológicas, se obtêm informações, o que se subsume nos termos do artigo primeiro da

Convenção¹⁴, ou seja, o emprego de força física sobre o corpo causa dor ou sofrimento agudo, físico e mental, e tal emprego tem por intenção obter informações contidas nas amostras corporais, ou seja, não na mente, mas no próprio corpo.

[...]

A nossa conclusão é a de que o legislador ordinário não pode, por via de lei, criar restrições aos direitos fundamentais nesta proporção, criando verdadeira tortura legal ou judicial (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 117).

Ademais, também há uma patente violação ao princípio da não autoincriminação, consoante o posicionamento de Nicolitt e Wehrs (2014), pois não se pode coagir o suposto autor do delito a fornecer matérias genéticas para que o Estado possua arcabouço probatório suficiente a fim de lastrear a condenação do mesmo. Nestes termos Andrade (apud Nicolitt; Wehrs, 2014, p. 111)

O arguido não pode ser induzido, seja por fraude, seja por coação, a contribuir para sua condenação, não pode ser obrigado a carrear ou oferecer meios de provas contra sua defesa. O imputado não está afetado por um dever de colaboração, nem tampouco por um dever de verdade.

[...]

A pessoa humana não pode ser degradada a ponto de se tornar um mero instrumento contra si própria, de forma que a proteção constitucional que recebe, em matéria probatória, para além do filtro atinente à proibição da tortura e da coação, conta ainda com o princípio do *nemo tenetur*.

Nicolitt e Wehrs concluem que

A plena eficácia do princípio *nemo tenetur*, notadamente como expressão da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, não comporta descontinuidade, nem tampouco graduações, devendo atuar como verdadeira barreira para que o arguido não se torne um objeto no processo e mantenha acesa sua condição de sujeito. O processo não pode ser uma noite capaz de transformar o homem em um inseto, como na metamorfose de Kafka (NICOLITT; WEHRS, 2014, p. 113).

Logo, os autores contrariam o entendimento da corrente favorável a constitucionalidade da lei, afirmando que:

O Estado não pode, em nome da necessidade de buscar a satisfação de utilidades ou fins coletivos, sacrificar interesses individuais “trunfados” pelos direitos fundamentais. De forma que, mesmo o legislador com legitimação democrática, convencido do benefício para a comunidade, ou ainda que a

¹⁴ O decreto nº 40, de 15 de Fevereiro de 1991, promulgou a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que expõe em seu art. 1º “Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”

própria comunidade exija medidas políticas que importem sacrifício de interesses individuais, estes, quando elevados à categoria de direitos fundamentais, prevalecem. Os direitos fundamentais são limites ao poder político, e disso decorre que o poder deve conformar-se aos direitos fundamentais, e não estes é que devem ser compatibilizados subordinadamente ao interesse comum, tal qual interpretados pela maioria. (NICOLITT; WEHRS, 2014, p.101)

Nesse contexto, tem-se que qualquer lei, que seja criada sem a observância sistemática das garantias e dos direitos constitucionais esculpidos na Constituição Federal, é considerada inconstitucional e, por conseguinte, nula de pleno direito.

Ora, diante de todo o demonstrado no decorrer do trabalho, não se pode conceber as garantias e direitos fundamentais sem uma análise detida do Estado Democrático de Direito e caso haja uma violação a essas, consequentemente, estará violando as bases de sustentação dele.

É inquestionável que a identificação criminal por meio da coleta de material genético compulsório irá produzir inexoravelmente provas, pois trata-se de um método que busca identificar, quando for essencial as investigações, o suposto autor do delito. Ora, neste momento, a autoridade que requerer a identificação criminal ou sendo esta decretada de ofício, terá indícios de materialidade e autoria delitiva, e consequentemente, com a coleta de material genético para “identificação” poderá ter certeza da autoria delitiva, ou seja, o poder legiferante, inteligentemente, camuflou um método de produzir “provas” coercitivamente.

Data vênia a argumentação da corrente que considera a lei em epígrafe constitucional, não deve prevalecer tal entendimento, por três motivos: histórico-social, científico e jurídico.

3.1.2.1 *Histórico-social*

Diante de todo o exposto no presente estudo, não se pode, devido um avanço tecnológico, utilizar-se de meios que violem os direitos e as garantias constitucionais do suposto acusado, com a mera argumentação de que o interesse público deve prevalecer sobre o privado, sob pena de violar a proibição do retrocesso (vide tópico 1.3), que transmite a dicção de que o Poder Legislativo não pode criar leis que violem garantias e direitos constitucionais já consolidados na sociedade (MENDES, 2015).

Dessa forma, o Estado deve cumprir com a função de proteger os bens

jurídicos tutelados, base do Estado Democrático de Direito, principalmente, criando outros mecanismos de reparação dos delitos, seja utilizando técnicas de reparação civil ou administrativa compatíveis com a tutela penal.

Como demonstrado em Foucault (2002), em cada momento histórico vivenciado pela sociedade surgiu um novo método de buscar a verdade real, mesmo que o Poder Político fosse fonte inspiradora de conseguir o objetivo, sempre foi descoberto um meio para “desvendar” a verdade substancial. Portanto, o Estado tem o dever-poder de criar novos mecanismos que possibilitem alcançar a verdade real, todavia, estes devem estar em consonância com as garantias e direitos fundamentais já consolidados pela sociedade.

O que não se deve admitir é a utilização de um suposto método de identificação criminal que estará reflexamente produzindo provas com afã de lastrear uma decisão penal condenatória.

Ora, a partir do momento em que a jurisdição foi monopolizada, o Estado trouxe para se o poder de descobrir meios que alcancem a verdade real dos fatos a fim de aplicar *jus puniendi*, todavia esses meios, como já informado, não podem refletirem de modo a violar as garantias e direitos fundamentais.

Portanto, com base na proibição do retrocesso das garantias e direitos constitucionais bem como na possibilidade de utilizar outros meios para se alcançar a verdade real, tais como os ilustrados historicamente por Foucault (2002), conclui, com base no aspecto histórico, que a lei nº 12.654/12 que alterou a lei nº 12.037/09 é inconstitucional.

3.1.2.2 Científico

É importante informar, primeiramente, que quaisquer provas ou elementos informativos que lastreiem uma decisão penal condenatória devem ser tidos sob o crivo da presunção da inocência, principalmente, de acordo com o aspecto interpretativo emanado do mesmo, qual seja: *in dubio pro reo* (tópico 1.3.3.1). Ou seja, havendo qualquer dúvida acerca do método utilizado ou das circunstâncias em torno do fato, a medida mais acertada a ser tomada será a absolvição.

O processo penal brasileiro adotou como regra o sistema do livre convencimento motivado das provas (vide nota 7), ou seja, o juiz deve formar sua convicção acerca da (in)existência do fato e da autoria delitiva livremente, sem

qualquer hierarquia entre as provas produzidas, todavia a decisão deve ser devidamente fundamentada.

Como demonstrado no tópico (2.1.2.2), os materiais genéticos coletados não são totalmente fidedignos com a realidade, ou seja, em que pese a imensa confiabilidade na prova genética, há a possibilidade de ocorrer equívocos. Ademais, como já mencionado alhures, caso o suposto acusado tenha um gêmeo univitelino, os dois terão o mesmo DNA.

Além disso, cumpre esclarecer que os materiais genéticos são facilmente manipuláveis, ocasionando uma certa insegurança quanto a sua utilização, como meio inequívoco de identificação criminal e consequentemente como conteúdo probatório.

Logo, não se pode afirmar que as provas/dados colhidos na fase pré-processual são absolutamente verdadeiros, isto pois, deverão respeitar o contraditório dos dados coletados, objetivando discutir sua confiabilidade, garantir ao suposto autor do delito sua defesa e até mesmo criação de uma contra prova. Se após respeitados os procedimentos adequados, ser obtida a certeza da veracidade dos dados colhidos, os mesmos serão inseridos no processo penal como conteúdo probatório da autoria e materialidade do delito.

3.1.2.3 *Jurídico*

A identificação criminal por meio da coleta compulsória de material genético é inconstitucional, pois fere consistentemente: a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, a garantia da não autoincriminação, a inadmissibilidade da utilização de provas ilícitas e o sistema processual penal acusatório.

3.1.2.3.1 Dignidade da Pessoa Humana

É latente a violação da dignidade da pessoa humana. Conforme expendido no tópico 1.2, a dignidade da pessoa humana impõe ao Estado o dever de respeito, mais precisamente, o Estado não pode promover medidas que sejam prejudiciais a dignidade da pessoa humana (NOVELINO, 2014).

O método de identificação criminal por meio da coleta compulsória de material genético está coisificando o ser humano, o transformando em um mero

instrumento estatal de buscar a verdade real. Agindo dessa forma, o Estado estará tratando o ser humano como um objeto, e consequentemente, violará a dignidade da pessoa humana e destruirá os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito¹⁵.

Ainda, cumpre mencionar que a dignidade da pessoa humana também emana o dever do Estado de protegê-la (NOVELINO, 2014). Ora, o Estado deve proporcionar outros meios eficazes de buscar a verdade real sem que seja afetada a dignidade da pessoa humana, pois o seu papel é proteger, não violá-la.

3.1.2.3.2 Direito à vida

Do direito à vida (vide tópico 1.3.2) emanam alguns dispositivos constitucionais expressamente violados pelo instituto em epígrafe, quais sejam: integridade física e vedação a tortura.

Nicolitt e Wehrs (2014) explicou e argumentou acerca da tortura legalizada, melhor dizendo, identificação criminal por meio da coleta compulsória de material genético (vide tópico 3.1.2). A vedação a tortura é tratada pela doutrina como exceção a relativização dos direitos fundamentais, ou seja, parte da doutrina entende que a tortura trata-se de um direito absoluto que não deve, jamais, ser violado (BARACHO, 2009).

Silva (2006, p. 205) expõe a repugnância a tortura da seguinte forma: “a crueldade se torna incomensurável quando praticada sob a égide de sistemas constitucionais que a condenam tanto quanto a consciência humana”.

Conforme demonstrado por Nicolitt e Wehrs (2014), a identificação criminal por meio da coleta compulsória de DNA se amolda perfeitamente à descrição de tortura, pois o Estado estará utilizando a força física para coletar materiais que possibilitem a captação de informações genéticas.

Ainda, devido ao manejo da coercitividade na extração do DNA, também há a violação da integridade física do suposto autor do delito, pois a utilização à força de objetos com o afã de coletar saliva, sangue, cabelo etc. estará fomentando

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

lesões corporais e consequente ferindo a sua integridade física.

3.1.2.3.3 Não autoincriminação

Como exposto no tópico 1.4.2.1, da presente garantia emanam cinco direitos, quais sejam: o direito ao silêncio, direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal, inexistência de dizer a verdade, o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo e o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva (LIMA, 2014).

O quarto e último direitos conectam-se diretamente com o presente estudo, pois a identificação criminal está viabilizando por meio da coleta compulsória de material genético a produção invasiva de indícios probantes.

É claro que o Estado não pode utilizar de métodos para extrair compulsoriamente o DNA do suposto autor do delito, pois ofenderá obliquamente o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal.

Ora, será coletado informações mediante a extração de DNA e as mesmas poderão ser utilizadas na fase processual penal, formando, consequentemente, a convicção do juiz acerca da autoria delitiva, ficando, tão somente, a cargo do Ministério Público provar a materialidade delitiva nesta fase, visto que os laudos periciais realizados são dotados de uma imensa confiabilidade.

3.1.2.3.4 Inadmissibilidade das provas ilícitas

Diferentemente do esposado pela corrente que entende ser constitucional tal instituto, a identificação criminal compulsória genética não visa, apenas, individualizar o suposto agente do delito, pois, como bem explicitado por Rangel (2014), no momento em que é realizado o requerimento para identificação criminal, a autoridade policial já tem indícios de autoria e materialidade delitiva. Desta forma, a identificação criminal irá robustecer os indícios tornando-os confiáveis e provavelmente lastrearão uma decisão penal condenatória, pois os dados colhidos no inquérito policial podem ser utilizados como elementos de convicção do juiz, o que não pode, é fundamental, única e exclusivamente, neles.

Sendo assim, qualquer elemento informativo que for colhido infringindo as garantias e direitos fundamentais será considerada ilícito e não poderá ser utilizada

na fase processual para fundamentar uma decisão penal condenatória.

3.1.2.3.5 Sistema processual penal acusatório

O ordenamento jurídico penal brasileiro adotou o sistema processual penal acusatório (corolário do devido processo legal). Como exposto no tópico 1.4.2.3, o sistema acusatório é balizado na paridade de armas, sendo que o juiz deve ficar inerte com o escopo de estabelecer seu livre convencimento motivado mediante a produção probatória realizada pelas partes no decorrer do processo (DINAMARCO; GRINOVER; CINTRA, 2011).

Ocorre que o instituto em estudo, trouxe a possibilidade de o Estado-Juiz atuar de ofício na fase pré-processual. Dessa forma, deve ser considerado inconstitucional qualquer medida decretada de ofício pelo Juiz com o objetivo de coletar elementos de convicção, sob pena do povo sucumbir a arbitrariedade estatal.

Portanto, qualquer inovação jurídica que possibilite o Juiz atuar como órgão acusador, defensor e julgador será tida como inconstitucional, aliás, qualquer aceitação diversa desta pode levar a concluir que a sua aceitação (de constitucionalidade do tema) somente tenta eximir o Estado pela falha de prestação de proteção ao bem jurídico que deveria ter sido eficazmente tutelado, com vistas a evitar a ocorrência do dano, e não o fez.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo foi baseado na doutrina, na lei, em artigos e na interpretação do texto constitucional que assegura garantias e direitos fundamentais balizares do Estado Democrático de Direito, sendo que foi analisada a problemática circunscrita na (in)constitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da lei nº 12.037/09, que foi adicionado pela lei nº 12.654/12, tratando-se da identificação criminal.

A identificação criminal tem o objetivo de individualizar as pessoas para que não sejam confundidas a fim de evitar decisões penais condenatórias equivocadas. A priori, a identificação criminal era realizada somente por meio de impressões digitais e fotografias. Com o advento da lei nº 12.654/12 foi acrescentado o parágrafo único ao art. 5º da lei nº 12.037/09, possibilitando que também seja realizada a identificação criminal por meio de coleta de material genético.

Esta nova maneira de identificação criminal gerou controvérsias a respeito de sua constitucionalidade, quando não autorizada a coleta pelo suposto agente do delito e feita compulsoriamente, pois alega-se ferir a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o sistema processual penal acusatório, inadmissibilidade da utilização das provas ilícitas e vedação ao retrocesso dos direitos e garantias constitucionais consolidados.

Para se chegar a conclusão do tema, inicialmente, foi necessário conhecer o desenvolvimento do Estado e a consolidação das garantias e direitos constitucionais adquiridos evolutivamente a partir do Estado Liberal até o Estado Democrático de Direito. Ainda no primeiro capítulo, com base nos ensinamentos de Foucault (2002), foi traçada uma linha evolutiva da busca pela verdade real, demonstrando os meios de alcançá-la, já que a identificação criminal está diretamente interligada com a eficiência na busca pela verdade real.

No segundo capítulo, abordou-se a temática com enfoque na teoria geral das provas, averiguando o conceito de DNA e a sua confiabilidade como meio probante derivado consequentemente da identificação criminal. Também, realizou-se a análise das provas ilícitas bem como das teorias norteadoras de sua aplicação. No mesmo momento, apurou-se os métodos existentes no ordenamento jurídico brasileiro de identificação criminal, argumentando, principalmente acerca da identificação criminal genética e apontando os motivos que ensejam a possibilidade de extração compulsória de material genético.

O último capítulo deste estudo, apresenta a divergência doutrinária a respeito da (in)constitucionalidade do parágrafo único do art. 5º da lei nº 12.037/09, que foi adicionado pela lei nº 12.654/12, que permite a extração compulsória de material genético como meio de identificação criminal.

Em que pese, a argumentação exposta dos nobres doutrinadores que defendem a constitucionalidade da lei em comento, sob a tese de que ela visa, apenas, individualizar o suposto autor do delito, observa-se que a referida lei fere de modo abrupto inúmeras garantias e direitos constitucionais (presunção de inocência, direito à vida, garantia a não autoincriminação, devido processo legal e dignidade da pessoa humana), sendo, portanto, inconstitucional.

Destarte, não se pode conceber que devido o avanço tecnológico, tenha o Estado que retroceder, em relação às garantias e direitos constitucionais já consolidados na sociedade, sob pena de sucumbir ao arbítrio estatal. Desse modo, conforme demonstrado por Foucault (2002), o Estado tem o dever-poder de buscar novos meios eficazes de alcançar a verdade real, malgrado estes não podem violar as normas constitucionais.

Dada a possibilidade almejada no ordenamento jurídico e considerando que a lei irá surtir todos seus efeitos enquanto não for declarada inconstitucional pelo órgão competente em sede de controle constitucionalidade concentrado (Supremo Tribunal Federal), deverá esta, ao menos, ser aplicada com supedâneo no superprincípio da proporcionalidade, que visa solucionar a colisão de direitos fundamentais expressos no texto constitucional. Devendo ser ponderado se a extração compulsória de material genético para a identificação criminal é o único meio adequado, necessário e estritamente proporcional ao caso em concreto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, Alice Acioli Teixeira. **A dignidade da pessoa humana pode ser considerada um direito absoluto?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br> - 30 de outubro de 2009>. Acesso em 21/12/2015.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços: edição popular anotado por Adriano da Gama Kury**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BATISTA, Nilo. **Introdução ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. v. 1. 17ª ed. São Paulo: Sairaiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 21/12/2015.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 21/12/2015.

_____. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 21/12/2015.

_____. **DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 21/12/2015.

_____. **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 21/12/2015.

_____. **LEI Nº 12.037, DE 1º DE OUTUBRO DE 2009.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm>. Acesso em 21/12/2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA PROJETO DE LEI Nº 2458, DE 2011.** Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=978441&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2458/2011>. Acesso em 21/12/2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 12.654/12 (identificação genética): nova inconstitucionalidade (?)**. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814909/lei-12654-12-identificacao-genetica-nova-constitucionalidade>>. Acesso em: 21/12/2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral.** v. 1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v. 1. 17ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 2. Ed. Salvador: Juspodvm, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: *traduzido por João Baptista Machado*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KRYMCHANTOWSKI, Abouch V.; CALHAU, Lélío Braga; ANCILLOTTI, Roger; GRECO, Rogério; DOUGLAS, William. **Medicina Legal à luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2ª ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MARTIN, Miguel Ângelo. **Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu**. Disponível em: <<http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu>>. Acesso em: mar. 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Sairiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NICOLITT, André Luiz; WEHRS, Carlos Ribeiro. **Intervenções corporais no Processo Penal e a nova identificação criminal: Lei nº 12.654/2012**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 9ªed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Provas Contra si Mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006.

SCRIBONI, Marília. **Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-06/criminalistas-divergem-constitucionalidade-banco-dna>> Acesso em: jun. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAHA, Arnaldo; FERREIRA, Henrique; PASSAGLIA, Luciane. **Biologia molecular básica**. 3ª ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2003.